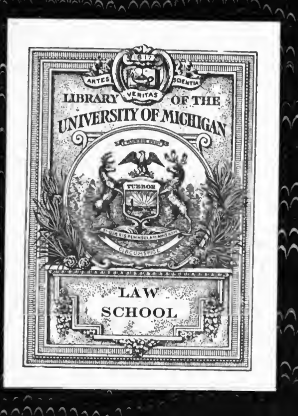
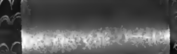
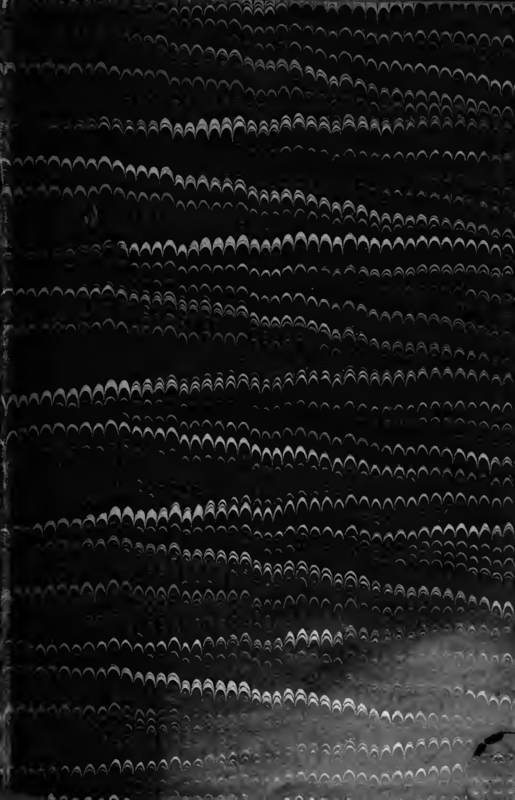



1817
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
LAW
SCHOOL





Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den

Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Zweiter Band.

Tübingen, 1889.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp jr. in Tübingen.

Inhaltsübersicht des zweiten Bands.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Seite

1. Hat der Patentinhaber, welcher einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat, im Fall der späteren Vernichtung seines Patents dem Lizenznehmer den hiedurch erwachsenen Schaden zu ersetzen? . . . 1
2. Kann das dem Konkursverwalter zustehende Anfechtungsrecht nach Beendigung des Konkursverfahrens von einem Gläubiger ausgeübt werden, wenn der Konkursverwalter unter Vorbehalt der Rechte des Gläubigers den anzufechtenden Anspruch im Konkurs anerkannt und befriedigt hat? (Anf.Ges. vom 21. Juli 1879 § 13. Abs. 4.) . . . 4
3. Voraussetzungen einer Ehe-Ungiltigkeitsklage wegen mangelnder Jungfräulichkeit der Ehefrau . . . 6
4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung kann in den Fällen des § 214 Abs. 3 der Civilprozeßordnung durch mündlichen Vortrag des Inhalts des zuzustellenden Schriftsatzes erfolgen . . . 9
5. Steht dem Schuldner eine Einwendung gegen die Art der Zwangsvollstreckung mittelst Pfändung beweglicher körperlicher Sachen auch dann zu, wenn er nicht Eigentümer derselben ist, sondern solche nur in Gewahrsam hat? . . . 125
6. Zulässigkeit des Rechtswegs . . . 127
7. Nach welchem örtlichen Recht ist die Anfechtung einer Rechtshandlung auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens zu beurteilen? . . . 137
8. Die Entscheidungen über den Ersatz der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen werden nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte vollzogen, und zwar erfolgt die Vollstreckung aus der nach St.P.O. § 496 Abs. 2. erlassenen Kostenfestsetzung . . . 138

Seite

9. Kann der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt die Gebühr des § 37 Rechtsanwaltsgebührenordnung für die Mitwirkung bei einem Sühneversuch in Anspruch nehmen? . 143
10. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Dieselbe ist unzulässig gegen einen mit unbekannten Aufenthalt abwesenden Ehegatten 253
11. Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht des Klagenden 256
12. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht der Wiedervereinigung 256
13. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht der Wiedervereinigung 260
14. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Israelitisches Recht 262
15. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens unter Katholiken. Gestattung des Getrenntlebens wegen unsittlichen Verhaltens des andern Teils 265
16. Wird die Berechtigung des Ehegatten, auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen, dadurch ausgeschlossen, daß derselbe sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, und zwar auch dann, wenn der unschuldige Teil nicht auf Scheidung klagt? . . . 269
17. Klage auf ein Toleramus 273
18. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Voraussetzungen für ein Toleramus 275
19. Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Antrag auf Gestattung zeitlicher Trennung 276
20. Quasidesertion. Der getrennt lebende Ehegatte kann sich auch noch nach Ablauf eines Jahres von Rechtskraft des die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens aussprechenden Urteils an zur Rückkehr erbieten 279
21. Quasidesertion. Erbieten zur Rückkehr. Ernstlichkeit dieser Absicht 284
22. Quasidesertion und Ehebruch 287
23. Quasidesertion. Die Klage wird durch einen vom Kläger begangenen Ehebruch ausgeschlossen 289
24. Verhältnis der Quasidesertion und des Ehebruchs. Ist die Erhebung einer Widerklage auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs in zweiter Instanz zulässig? 292
25. Scheidung wegen böslicher Verlassung. Dieselbe setzt eine schuldhafte Verlassung voraus 298
26. Voraussetzungen der Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung 299
27. Scheidung wegen böslicher Verlassung 301
28. Bösliche Verlassung. Ehebruch des klagenden Teils 304
29. Ehebruch. Durch die Weigerung des unschuldigen Teils, mit

Seite

dem andern Ehegatten zusammenzuleben, wird ein Ehebruch nicht entschuldigt 306
30. Ehebruch. Verzeihung 307
31. Grobe Verletzung der ehelichen Treue 309
32. Scheidung wegen grober Verletzung der ehelichen Treue . . 315
33. Versuch des Ehebruchs und unsittliche Handlungen als Scheidungsgründe 317
34. Ungiltigkeit der Ehe wegen Irrtums des Ehemanns über die sittliche Integrität der Ehefrau. Dieser Irrtum muß ein für die Entschließung des Ehemanns erheblicher gewesen sein . . 319
35. Ungiltigkeit der Ehe wegen Irrtums eines Ehegatten über eine von dem andern Teil vor Eingehung der Ehe erlittene Freiheitsstrafe 322
36. Ungiltigkeit der Ehe wegen Geisteskrankheit eines der Ehegatten zur Zeit der Eingehung der Ehe 323
37. Ungiltigkeit der Ehe wegen Geisteskrankheit eines der Ehegatten, welche schon zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhanden gewesen sein soll. Fortsetzung des ehelichen Lebens in Kenntnis dieses Zustands 324
38. Widerspruchsklage (§ 690 C.P.O.) auf Grund eines Retentionsrechts an der gepfändeten Sache 329
39. Haftung des mit dem Wechseleinzug Beauftragten für Verschulden in der Auswahl des Substituten 330
40. Zwangsbeitritt zur Orts- oder Fabrik-Krankenkasse für Mitglieder eingeschriebener Hilfskassen, falls diese freie ärztliche Behandlung nicht gewähren. Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 § 75 Schlußsatz 334

B. in Strafsachen.

1. Bitte um Bestellung eines Verteidigers im Fall der Wahl eines solchen. St.P.O. S. 140, Abs. 2, Nr. 2 11
2. Bedarf es in den Fällen des § 140 der St.P.O. eines Gerichtsbeschlusses? 12
3. Die Frage des Sühneversuchs in der Revisionsinstanz. §§ 420 u. 380 d. St.P.O. 13
4. Prozessuale Bedeutung des Sühneversuchs. Beleidigung eines Kindes. § 420 der St.P.O., § 185 des St.G.B. 14
5. Kommt in § 420, Abs. 2 der St.P.O. der bürgerliche Wohnsitz in Betracht? 16
6. § 56 a, Ziff. 1 der Gewerbeordnung in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 1883.

Seite

Gehört das Ausziehen und Plombieren der Zähne zur Ausübung der Heilkunde? Ist eine vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung im Großherzogtum Baden erteilte Ermächtigung zu den Verrichtungen des Badergewerbes als Approbation im Sinn der Gewerbeordnung anzusehen? 22

7. Ist das Verführen von Bier aus einer Brauerei an Achsenkunden die Verrichtung einer Arbeit des Gewerbebetriebes im Sinne des § 2 Ziff. 1 der K. W. Verordnung vom 27. Dez. 1871, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage, (Reg.-Bl. S. 412)? 27

8. Thätlicher Angriff auf einen Polizeidiener bei Vollstreckung einer nicht unter den gesetzlichen Voraussetzungen erlassenen ortspolizeilichen Verordnung. Umfang der Feststellungen im Fall geltend gemachter vermeintlicher Notwehr. §§ 113 und 53 des St.G.B. Art. 51 ff. d. Pol.St.G. vom 27. Dez. 1871, in Verb. mit der K.V.O. von dems. Tage, betr die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage 30

9. Inwieweit ist der Beweis von Thatsachen, von welchen die Berechtigung zur Stellung eines Strafverfolgungsantrags abhängt, in der Revisionsinstanz zu prüfen? 35

10. Genügt die Annahme, daß eine Aeußerung nicht ausschließlich zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sei, zur Verurteilung wegen Beleidigung? §§ 186 und 193 des St.G.B. 38

11. § 17 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878; § 30 der Verf. des K. Justizministeriums, betr. die Behandlung der Gerichtskosten in Strafsachen, vom 22. März 1882 40

12. Weiterübertragung eines Ersuchens um Rechtshilfe. Beschl. vom 27. Juni 1888 (Numm. 213) 41

13. Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Vornahme von Verhören mit verhafteten Beschuldigten im Ermittlungsverfahren . . . 43

14. § 170 der St.P.O. Einhaltung des Instanzenzugs. Nachweis der Bevollmächtigung zur Beschwerdeerhebung, beziehungsweise zur Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung . . 45

15. Zur Auslegung des deutsch-englischen Auslieferungsvertrags. Vorläufige Haft im Auslieferungsverfahren. Anwendung der Normen der Strafprozeß-Ordnung 47

16. Hat die nach dem Gesetz vom 13. März 1881, betr. die Einführung von Ordnungsstrafen bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824, des Wirtschaftsabgabengesetzes vom 9. Juli 1827 und des Hundeabga-

Seite

bengesetzes vom 8. Sept. 1852 (Reg.Bl. S. 171) zu erkennende Ordnungsstrafe eine subjektive Verschuldung zur Voraussetzung? 150

17. Welche Verpflichtungen legt die zur Vollziehung des württemb. Malzsteuergesetzes vom 8. April 1856 erlassene Verfügung des K. Finanzministeriums v. 9. April 1856 (Reg.Bl. S. 99) in § 32, Z. 1 und Z. 5 den Bierbrauern u. s. w. bezüglich der vom Steuerpersonal vorzunehmenden Visitationen auf? 152

18. Revision wegen mangelnder Unterschrift der Privatklage. St.P.O. §.§. 156, Abs. 2, 421. 380. 384. 389, Abs 1 154

19. Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen im Strafverfahren der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Steuergesetze erlassenen Strafbescheid bei der denselben bekannt machenden Behörde 157

20. Streit über die Notwendigkeit von Auslagen des freigesprochenen Angeklagten in einer Privatklagsache; Beschwerde gegen eine ergangene Entscheidung 161

21. Anrechnung von Reisekosten eines bestellten Verteidigers zur Ausbezahlung aus der Staatskasse 163

22. Beschwerde gegen Festsetzung der in Privatklagsachen dem Gegner zu erstattenden Auslagen 166

23. Zurücknahme der Privatklage und Zurücknahme des Strafantrags. Prozessuale Natur der in §§ 359 und 368 der St.P.O. enthaltenen Bestimmungen 345

24. Einmalige Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren in Strafsachen 348

25. Gelten die in der Strafprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen über die Voraussetzungen eines Vorführungsbefehls für eine Vorführung, die von einer Polizeibehörde zur Ausführung einer von ihr innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnung als Zwangsmittel wider eine gegen diese Anordnung ungehorsame Person verfügt worden ist?
Art. 2 des Gesetzes vom 12. August 1879, betreffend Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871 348

26. Zur Frage der Anwendung des § 193 auf Fälle des § 187 des St.G.B. 351

27. Voraussetzungen der Berufung auf § 193 des St.G.B. im Fall von Anzeigen strafbarer Handlungen bei einer Behörde. Muß der Anzeigende in Betreff der Wahrheit der angezeigten Thatsachen sich in gutem Glauben befinden? Einfluß des Beweggrunds zu der Anzeige 354

28. Konkubinat. Sind landesrechtliche, den Konkubinat mit Strafe bedrohende Bestimmungen mit dem geltenden Reichsrecht im Widerspruch?

Seite

Dauer des Zusammenlebens. Begriff der Erregung öffentlichen Aergernisses.
Art. 14 des Württemb. Polizeistrafgesetzes vom 27. Dezember 1871 356

II. Reichsgerichtliche Entscheidungen.

In Strafsachen.

1. Kann auf Grund des Art. 11, letzter Absatz, des württembergischen Gesetzes vom 19. Sept. 1852, betreffend die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, ein Strafverfahren stattfinden? 52
2. Findet § 271 des St.G.B. Anwendung, wenn ein Beschuldigter bei seiner Vernehmung vor der Strafbehörde sich einen falschen Namen beilegt und hiedurch herbeiführt, daß die über seine Verurteilung an das Reichsjustizamt übersendete Strafnachricht auf jenen falschen Namen lautet? 62

III. Landgerichtliche Entscheidungen.

In Strafsachen.

1. Ist ein württembergischer Wundarzt zweiter Abteilung befugt, sich als Zahnarzt zu bezeichnen? Gewerbeordnung §§ 29, 147, Z. 3 64

IV. Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

1. Feststellung und zwangsweise Beitreibung der Kosten der Parteien im Privatklageverfahren und der Kosten des Nebenklägers 71

Abhandlungen:

V. Ist die Nachholung des Sühneversuchs im Privatklageverfahren zulässig? 73
VI. Zur Frage der Zuständigkeit der Civilgerichte . . . 81
VII. Beitrag zur Lehre vom Gesinderechte 97
VIII. Kann ein Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit der ausgebliebenen Partei nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt worden ist? . 102

Seite

IX. Die Steuerdefraudation nach dem Tode des Defraudanten 111

X. Ist Artikel 5, Ziffer 3 des Landesgesetzes betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. August 1849 auf die Fälle der Begünstigung und Hehlerei anzuwenden? 167

XI. Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs . . 184

XII. Zur Auslegung des Art. 17 des Gesetzes betreffend die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 24. März 1881 (Reg.Bl. S. 123) 202

XIII. Steht der Anspruch auf die in den §§. 13 No. 2—4, 16—18 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmten Gebühren — Verhandlungsgebühr, Vergleichsgebühr, Beweisgebühr — dem Rechtsanwalte zu, welcher die Vertretung in der mündlichen Verhandlung, die Mitwirkung bei dem Vergleiche, die Vertretung in dem Beweisaufnahmeverfahren oder in dem Termine zur Leistung des durch Urteil auferlegten Eides einem zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung zum Stellvertreter des Rechtsanwalts bestellten Rechtskundigen übertragen hat? 217

XIV. Die Rechte des Dienstherrn aus dem Dienstvertrag nach Württembergischem Rechte 225

XV. Die Haftung des Gläubigers gegenüber dem Selbstschuldnerbürgen für Versäumnisse in der Ausklagung des Hauptschuldners 239

XVI. 1. Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten der Frau und der Kinder des Versicherten.
2. Zahlung der Prämien aus dem gemeinschaftlichen Vermögen. Folgen hievon.

Seite

3. Recht der Ehefrau an den Anteilen der Kinder. (K.O. § 54 Z. 5).

4. Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft. Einfluß auf das nicht in der Gemeinschaft begriffene Vermögen der Kinder.

A. Ein Rechtsfall 364

B. Entscheidung des Oberlandesgerichts . . . 391

Litterarische Anzeige:

Hegler, Die Grundzüge des bürgerlichen Verfahrens in Württemberg 251

Alphabetisches Sachregister 399

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Hat der Patentinhaber, welcher einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat, im Fall der spätern Vernichtung seines Patents dem Lizenznehmer den hiedurch erwachsenen Schaden zu ersetzen?

Der Kläger hat sich zufolge Vertrags vom 28. März 1883 verpflichtet, gegen eine in demselben bestimmte Leistung der Beklagten dieser die Benützung seines ihm vom deutschen Reich patentierten Verfahrens zur Bereitung von Cellulose zu gestatten, innerhalb eines bestimmten Bezirks die Anlage von weitern nach diesem Verfahren arbeitenden Fabriken nicht zu genehmigen und der Beklagten den Patentschutz gegen die widerrechtliche Ausbeutung seines Verfahrens zu gewähren. Durch Urteil des Reichsgerichts vom 28. Oktober 1884 wurde das Patent des Klägers für nichtig erklärt, weil das demselben patentierte Verfahren im wesentlichen mit einem von Benjamin Chew Tilghman in Philadelphia erfundenen und in einer Patentschrift vom Jahr 1866 veröffentlichten Verfahren übereinstimme und daher nicht neu im Sinne des § 7 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 sei. Die Beklagte verweigerte daher die Entrichtung der von ihr in obigem Vertrag dem Kläger versprochenen Leistung, weshalb der letztere Klage auf deren Bezahlung erhob. Gegenüber dieser Klage machte die

Beklagte unter anderem im Wege der Kompensation einen Schadensersatzanspruch geltend, welchen sie damit begründete, daß der Kläger schon darum, weil er seiner Verpflichtung aus dem Lizenzvertrag nicht mehr nachzukommen vermöge, jedenfalls aber weil ihn insofern eine Verschuldung an der Nichterfüllung dieses Vertrages treffe, als er zur Zeit des Abschlusses desselben das Tilghman'sche Verfahren gekannt habe, der Beklagten das Interesse zu ersetzen habe, welches sie an der Erfüllung des Lizenzvertrags gehabt habe. Diese Einrede der Beklagten wurde verworfen aus folgenden Gründen:

Von der Haftung wegen Entwehrung kann keine Rede sein, da eine solche nur Platz greift bei auf Entäußerung einer Sache abzielenden Verträgen, vermöge deren dem Erwerber ein Recht an der Sache, durch das er das Haben derselben erlangt, verschafft werden soll. Dies ist bei dem Lizenzvertrag nicht der Fall, durch welchen sich der Lizenzgeber, wie sich aus dem oben angeführten Inhalt des in Rede stehenden Vertrages ergibt, nur zum Gestatten des Genusses und zu einem Thun verpflichtet. Es ist daher jener Vertrag analog nach den Grundsätzen über die Miete zu beurteilen, zufolge deren der Kontrahent, dessen Leistung nachträglich ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, nur den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, dagegen dem andern Kontrahenten nicht für das Interesse haftet. Eine Verschuldung des Klägers an der durch die Vernichtung des Patents eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung läge aber nur vor, wenn derselbe bei Eingehung des Lizenzvertrags gewußt hätte, daß seine patentierte Erfindung nicht neu im Sinne des § 2 des Patentgesetzes sei. Denn andernfalls ist es im Hinblick auf die Schwierigkeit der Beurteilung der Frage, ob die patentierte Erfindung letztere Eigenschaft habe, und im Hinblick darauf, daß der Patentinhaber zu der Annahme berechtigt ist, es würde das aus Sachverständigen bestehende Patentamt, welches vor der Erteilung des Patents auch die Neuheit der angemeldeten Erfindung zu prüfen und die Anmeldung derselben zum Zwecke der Geltendmachung von Einwendungen auch gegen die Neu=

heit der Erfindung bekannt zu machen hat (Patentgesetz §§ 22 bis 24), die Erfindung nicht patentiert haben, wenn es nicht von deren Neuheit überzeugt gewesen wäre, dem Kläger nicht zur Schuld zuzurechnen, daß er im Vertrauen auf das Zurechtbestehen des ihm formgiltig erteilten Patents dasselbe zum Abschluß von Lizenzverträgen benutzt hat. Wenn nun auch der Kläger zurzeit der Eingehung des Vertrags vom 28. März 1883 das Tilghman'sche Verfahren, mit welchem nach der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 28. Oktober 1884 das dem Kläger patentierte Verfahren zur Bereitung von Celluloſe im Wesentlichen übereinstimmt, gekannt hat, so kann hieraus doch nicht mit Sicherheit darauf geschlossen werden, daß der Kläger das letztere Verfahren damals nicht für neu im Sinne des § 2 des Patentgesetzes gehalten habe. Denn einmal konnte er ja annehmen, daß das Patentamt bei der ihm obliegenden Prüfung der Neuheit der vom Kläger angemeldeten Erfindung auch das Tilghman'sche Verfahren berücksichtigt habe. Sodann aber kommt in Betracht, daß nach dem reichsgerichtlichen Urteil vom 28. Oktober 1884 die damals von dem Kläger geltend gemachten wesentlichen Unterschiede zwischen seinem und dem Tilghman'schen Verfahren darum als nicht entscheidend angenommen worden sind, weil sie teils auf Momenten, welche nicht zu dem erstern Verfahren gehören, teils auf unhaltbaren Hypothesen beruhen, und daß durch jenes Urteil festgestellt worden ist, daß der Kläger das Tilghman'sche Verfahren wesentlich verbessert habe, diese Verbesserungen zwar nachträglich in der Patentschrift erwähnt, aber nicht zum Gegenstand des Patentanspruchs gemacht worden seien. Es liegen daher genügende Anhaltspunkte dafür vor, daß der Kläger zur Zeit des Abschlusses des Vertrags vom 28. März 1883 von der Neuheit seiner patentierten Erfindung überzeugt gewesen sein kann, weshalb nicht anzunehmen ist, daß der Kläger die Unmöglichkeit der Erfüllung des Lizenzvertrags verschuldet habe.

Urteil des Oberlandesgerichts, II. Senat vom 19. Jan. 1888 in Sachen Unterkochen gegen Mitscherlich.

Die gegen vorstehende Entscheidung eingelegte Revision

wurde durch Urteil des Reichsgerichts vom 28. Mai 1888 zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Die Grundsätze über Eviktion können aus dem vom Berufungsrichter angeführten Grund keine Anwendung finden, weil nämlich diese Grundsätze nur bei solchen Verträgen Platz greifen, durch welche ein Recht an einer Sache, welches Anspruch auf das Haben dieser Sache gibt, übertragen wird, um einen solchen Vertrag aber es sich im vorliegenden Fall nicht handelt. Nach sonstigen Rechtsgrundsätzen würde nun aber ein Ersatzanspruch des Beklagten ein Verschulden des Klägers voraussetzen. Hievon geht denn auch der Berufungsrichter aus, er erachtet keineswegs einen dolus des Klägers für erforderlich, er nimmt vielmehr an, es läge ein Verschulden des Klägers überhaupt nur dann vor, wenn derselbe bei Eingehung des Vertrags gewußt hätte, daß die patentierte Erfindung nicht neu im Sinne des § 2 des Patentgesetzes gewesen sei. Letzteres (diese Kenntnis des Klägers) war von der Beklagten zu beweisen. Mit Unrecht beruft sie sich darauf, daß, wer behaupte, an einer schuldigen Leistung durch Zufall verhindert zu sein, dies zu beweisen habe. Erscheint, wovon der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum ausgeht, die Vernichtung des Patents an sich als ein unverschuldeter Zufall, und ist dieselbe dem Kläger nur unter der Voraussetzung, daß er die fragliche Kenntnis hatte, zum Verschulden zuzurechnen, so war es Sache der Beklagten, diese Voraussetzung darzuthun. Uebrigens enthält das Urteil die Feststellung, daß den Kläger der Vorwurf eines arglistigen Verhaltens, und zwar eben deshalb nicht treffe, weil er die fragliche Kenntnis nicht gehabt habe, und diese Feststellung entzieht sich einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz.

2.

Kann das dem Konkursverwalter zustehende Anfechtungsrecht nach Beendigung des Konkursverfahrens von einem Gläubiger ausgeübt werden, wenn der Konkursverwalter unter Vorbehalt der Rechte des Gläubigers den anzufechtenden Anspruch

im Konkurs anerkannt und befriedigt hat? (Anf.Ges. vom 21. Juli 1879 § 13 Abs. 4.)

Diese Frage wurde verneint aus folgenden
Gründen:

In Gemäßheit des § 13 Abs. 4 des Anfechtungsgesetzes können nach Beendigung des Konkursverfahrens Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe dieses Gesetzes nur dann verfolgt werden, wenn und soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Konkursverwalter erlangt sind. Eine solche Einrede würde aber im vorliegenden Fall dem Konkursverwalter entgegenstehen, nämlich die Einrede der Anerkennung des Pfandanspruchs des Beklagten. Diese Anerkennung hat der Konkursverwalter in unzweideutiger Weise damit ausgesprochen, daß derselbe, wie aus den Konkursakten hervorgeht, und außer Streit ist, nicht nur bei der von ihm gefertigten Ausscheidung der Absonderungsansprüche in dieser Konkurssache die mit Unterpfand versehene Forderung des Beklagten auf den Erlös aus der für solche verpfändeten Liegenschaft, sowie aus der zu Gunsten des Beklagten gepfändeten Fahrnis verwiesen, sondern auch diese Forderung durch deren Abrechnung an der Kaufschillingsschuld des Beklagten vollständig befriedigt hat und dem entsprechend sich von dem Beklagten für den Empfang seines ganzen Guthabens unterschriftlich hat bescheinigen lassen. Zwar glaubt der Kläger geltend machen zu können, daß durch diese Handlungen des Konkursverwalters seinem Anspruch nicht präjudiziert worden sei, weil derselbe den Gläubigern ihre Rechte vorbehalten habe, und beruft sich zum Beweis dessen auf den Umstand, daß der Konkursverwalter unbestrittenermaßen schon in dem Inventar vom 1. Juni 1884 und dann mehrmals im Laufe des Konkursverfahrens in seinen dem Kläger gegenüber abgegebenen Aeußerungen die Anfechtung des betreffenden Pfandrechts den verkürzten Gläubigern selbst zu überlassen erklärt hat, sowie auf die in dieser Instanz aufgestellte Behauptung,

daß der Konkursverwalter bei der mit dem Beklagten über seine Befriedigung gepflogenen Abrechnung vom 20./21. Nov. 1884 die Erklärung, daß diese Befriedigung vorbehältlich der Rechte der Gläubiger geschehe, wiederholt habe. Diese Aufstellungen sind jedoch in keiner Weise geeignet, die Thatsache der Befriedigung und die damit gegebene und notwendig daraus folgende Anerkennung des Anspruchs des Beklagten wieder zu beseitigen, da die rechtlichen Folgen einer Handlung nach dem Gesetz von selbst eintreten und nicht von der Willkür des Handelnden abhängen, ihr Eintritt somit auch nicht durch widersprechende Erklärungen beseitigt werden kann. Die Einrede, welche hienach dem Konkursverwalter aus der Thatsache der Anerkennung der bevorzugten Forderung des Beklagten hätte entgegengesetzt werden können, trifft nach dem erwähnten § 13 Abs. 4 des Anfechtungsgesetzes auch den Gläubiger, welcher nach beendigtem Konkursverfahren solche anfechten will [1])

Urteil des II. Sen. des Oberlandesgerichts vom 3. Dezember 1885 in Sachen Schreyer gegen Sahm.

3.

Voraussetzungen einer Ehe-Ungiltigkeitsklage wegen mangelnder Jungfräulichkeit der Ehefrau.

Die Klage des Ehemanns, eines auf dem Land lebenden Metzgers, auf Ungiltigkeit seiner am 15. Juli 1886 geschlossenen Ehe war darauf gestützt, daß er nach Eingehung der Ehe erfahren habe, daß seine, gleichfalls den ländlichen Kreisen angehörige Ehefrau im Herbst 1885 mit dem ledigen Metzger M. einen (übrigens ohne Folgen gebliebenen) Geschlechtsverkehr gehabt habe. Die beklagte Ehefrau hat letzteres nicht bestritten, dagegen eingewendet einmal: Kläger habe vor Eingehung der Ehe, wenn auch nicht von einem Geschlechtsum-

1) vergl. Wilmowski, Konkursordnung (3. A.) S. 157 f.

gang, doch von einem zwischen ihr und M. bestandenen Verhältnis Kenntnis gehabt, sodann: auch der Kläger selbst habe, und zwar längere Zeit vor Eingehung des Verlöbnisses, nämlich im März 1886 geschlechtlichen Umgang mit ihr gepflogen. Letzterer Einwand wurde für erheblich erachtet, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

Zu den Ehehindernissen, welche nach dem in Württemberg geltenden protestantischen Eherecht von Einfluß auf die Giltigkeit einer Ehe sind, gehört der Irrtum, in welchem sich ein Ehegatte bei Eingehung der Ehe über einen solchen, die sittliche Natur der Ehe berührenden Mangel des andern Ehegatten befunden hat, daß anzunehmen ist, der Ehegatte hätte im Fall seiner Kenntnis von dem Vorhandensein dieses Mangels die Ehe nicht eingegangen. Unter letzterer Voraussetzung ist insbesondere der Ehemann berechtigt, den Mangel der Jungfräulichkeit der Ehefrau, soweit darin der sittliche Fehler geschlechtlicher Bescholtenheit gelegen ist, behufs Ungiltigerklärung der Ehe dann geltend zu machen, wenn ihm dieser Mangel bei Abschluß der Ehe unbekannt war. Demgemäß ist

1) die Klage, soweit sie auf den vorehelichen geschlechtlichen Umgang gestützt wird, welchen die Beklagte im Herbst 1885 mit dem ledigen Metzger M. gepflogen hat, an sich schlüssig. Die Thatsache selbst, sowie daß der Kläger von derselben erst nach der Verheiratung Kenntnis erhalten hat, ist bewiesen. Ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet, vor Eingehung der Ehe gewußt hat, daß M. mit der Beklagten ein Verhältnis gehabt und sie sich zu heiraten beabsichtigt haben, kann dahingestellt bleiben; denn wenn auch erfahrungsgemäß in den Kreisen, welchen die Parteien angehören, ein bis zur Heiratsabsicht vorgeschrittenes „Verhältnis" häufig zum Geschlechtsumgang führen mag, so wäre der hieraus sich ergebende bloße Verdacht, daß dies auch zwischen M. und der Beklagten der Fall gewesen sei, für sich allein und ohne besondere Voraussetzung doch nicht genügend, um dem Kläger vor Abschluß der Ehe Erkundigungen hierüber zuzumuten und aus deren Unterlassung den Schluß abzuleiten, daß er auf die

geschlechtliche Unbescholtenheit seiner Ehefrau keinen Wert gelegt habe.

Da es aber allerdings lediglich von den konkreten thatsächlichen Umständen abhängt, ob im einzelnen Fall die Vermutung zutrifft, daß ein Ehemann die geschlechtliche Unbescholtenheit seiner Ehefrau als stillschweigende Bedingung seiner Einwilligung in die Ehe betrachtet habe, und da für Beurteilung dieser Frage nach Umständen auch das voreheliche Verhalten des Ehemanns gegenüber seiner nachmaligen Ehefrau in betracht kommen kann, so ist

2) das Vorbringen der Beklagten erheblich, daß der Kläger selbst, im März 1886, also längere Zeit vor Eingehung der Ehe und vor Abschluß eines Verlöbnisses den Beischlaf mit ihr vollzogen habe. Es fragt sich nämlich, ob nicht der Ehemann durch einen solchen im ledigen Stand mit seiner nachmaligen Ehefrau gepflogenen Geschlechtsumgang sich der Geltendmachung eines schon zuvor begründeten Mangels geschlechtlicher Integrität thatsächlich begibt. Diese Frage kann zwar nicht allgemein, wohl aber dann bejaht werden, wenn der frühere Geschlechtsumgang mit dem Dritten nach den begleitenden Umständen annähernd gleicher, insbesondere vom sittlichen Standpunkt und von den Anschauungen der Parteien aus nicht verwerflicherer Art war, als der nachmalige Geschlechtsumgang mit dem Kläger. Wenn der Kläger seiner Ehefrau aus dem einen vorehelichen Beischlaf keinen Vorwurf machen kann, weil er selbst der Mitschuldige war, so muß hiedurch seine Befugnis, der Ehefrau aus einem vorausgegangenen, nach den begleitenden Umständen gleichartigen Geschlechtsverkehr mit einem Dritten einen Vorwurf zu machen, schon nach dem natürlichen Rechtsgefühl eine Minderung erleiden. Jedenfalls kann alsdann eine Vermutung dafür, daß er die bisherige völlige Geschlechtsreinheit seiner Ehefrau als Bedingung seiner Einwilligung in die Ehe betrachtet habe, dem Kläger nicht mehr zu statten kommen, sei es, weil er aus der Art, wie seine Ehefrau sich schon im ledigen Stand ihm geschlechtlich hingegeben hat, den bestimmten Verdacht entnehmen konnte,

daß dies auf ihrer Seite nicht das erstemal sein werde, sei es weil er durch sein eigenes Verhalten den Schein gegen sich erweckt hat, daß er auf eine frühere Unbescholtenheit keinen Wert lege.

Im vorliegenden Fall nun würde die angeführte Voraussetzung allerdings dann nicht zutreffen, wenn der Beklagten (wie Kläger außerdem behauptet hatte) ein Geschlechtsverkehr mit ihrem verheirateten Schwager X. zur Last fiele, sofern ein solcher Ehebruch innerhalb der verschiedenen Abstufungen, deren die Bescholtenheit einer Frauensperson an sich fähig ist, einen so groben Makel des Vorlebens und sittlichen Charakters der Beklagten bedeuten würde, daß unter allen Umständen anzunehmen wäre, der Kläger hätte im Kenntnisfall die Ehe nicht eingegangen. Allein der Beweis eines solchen Geschlechtsverkehrs ist völlig mißlungen. Bleibt also nur der mit dem ledigen M. gepflogene Geschlechtsverkehr übrig, so trifft auf dessen näheren Umstände die angeführte Voraussetzung der Gleichartigkeit insofern zu, als dieser Umgang gleichfalls die Folge eines mehr oder weniger vorgeschrittenen Verhältnisses der Konkumbenten war.

Urteil des Oberlandesgerichts, II. Senats vom 5. April 1888 in Sachen Sch. g. Sch.

4.

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung kann in den Fällen des § 214 Abs. 3 der Civilprozeßordnung durch mündlichen Vortrag des Inhalts des zuzustellenden Schriftsatzes erfolgen.

Aus den Gründen:

„Da der Beklagte durch rechtzeitige Einreichung einer nach Form und Inhalt entsprechenden Restitutionsklage seinerseits das Erforderliche zur Wahrung der in § 549 Abs. 1 C.P.O. bestimmten Notfrist gethan hatte und die Versäumung dieser Notfrist nur durch inkorrekte Behandlung seitens der

Zustellungsorgane herbeigeführt worden ist, so stand dem Beklagten unbedingt der Wiedereinsetzungsgrund des § 213 der Civilprozeßordnung zur Seite. Für die Art und Weise der Geltendmachung dieses Restitutionsgrundes sind durch das Gesetz zwei Wege gegeben. Der regelmäßige Modus besteht in der Zustellung eines dem § 214 Abs. 1 entsprechenden Schriftsatzes, welcher binnen der Frist eines Monats vom Ablauf der Notfrist an dem Gegner zuzustellen ist. Daneben ist für Fälle solcher Art, wo die Partei erst zu spät Kenntnis von der Versäumung der Notfrist erhält, durch das Gesetz ein zweiter Weg in § 214 Abs. 3 eröffnet, indem hienach auch ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes und ohne Einhaltung der einmonatlichen Frist, noch im Verhandlungstermine selbst, der Wiedereinsetzungsantrag gestellt werden kann, falls nur, was vorliegend zutrifft, die Ladung zu diesem Termin innerhalb jener einmonatlichen Frist vor Ablauf der Notfrist an erfolgt ist.

In den Urteilsgründen des Vorrichters ist nun zwar ausgeführt: die Bestimmung des § 214 Abs. 3 entbinde keineswegs von dem in Absatz 1 aufgestellten allgemeinen Erfordernisse der Nachholung der versäumten Prozeßhandlung: dieses Erfordernis sei hier nicht gewahrt, da Beklagter eine ordnungsmäßige Erhebung der Restitutionsklage durch Zustellung der Klageschrift nicht nachgeholt habe, während sie in dem Termin selbst nicht habe nachgeholt werden können. — Diese Auffassung ist jedoch zu beanstanden. Gerade mit Rücksicht auf die Fälle, wo die Partei erst in dem Termin selbst von der durch das Verhalten des Zustellungsbeamten eingetretenen Versäumung der Notfrist sichere Kenntnis erhält, bestimmt der Absatz 3 des § 214, daß die Partei von der vorgängigen Zustellung eines — die Begründung des Wiedereinsetzungs-Antrags und die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung enthaltenden — Schriftsatzes entbunden sein solle. Es liegt daher die Auffassung nahe, daß das Gesetz mit Rücksicht auf die mißliche Lage einer solchen Partei gestatten wollte, daß dasjenige, was sonst innerhalb bestimmter Frist und in

Form eines dem Gegner zuzustellenden Schriftsatzes zu geschehen hat, hier noch im Verhandlungstermine selbst und zwar in den für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Formen geschehen darf. Für diese Auslegung des Gesetzes spricht insbesondere auch die praktische Rücksicht, daß andernfalls, wenn nämlich noch die nachträgliche Zustellung eines Schriftsatzes gefordert würde, die Wiedereinsetzung, obwohl gerade hier vom Gesetz mit besonderen Garantien umgeben, doch praktisch in der Regel daran scheitern müßte, daß behufs Ermöglichung der Zustellung eine Vertagung der Verhandlung einzutreten hätte und daß dann die Ladung zu dem neu anberaumten Termin nicht mehr, wie dies doch der § 214 Abs. 3 erfordert, innerhalb der einmonatlichen Frist nach Ablauf der versäumten Notfrist erfolgt wäre [1])".

Entscheidung des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 14. Mai 1888 in Sachen Schw. gegen Sch.

Entscheidungen des K. Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

1.

Bitte um Bestellung eines Verteidigers im Fall der Wahl eines solchen. St.P.O. S. 140, Abs. 2, Nr. 2.

Straff.-Beschl. vom 18. April 1888 (Nr. 155) in U.S. gegen A. M. M. von M. wegen Verbr. des § 159 des St.G.B.

Der von der Angeschuldigten gewählte Verteidiger reichte am 27. März 1888, dem Tag nach der Zustellung der Anklageschrift an die Angeschuldigte, unter Vorlegung einer von

1) vergl. Wilmowski-Levy, Kommentar. 5 Aufl. Note 7 zu § 214.

derselben auf ihn und einen andern Rechtsanwalt ausgestellten unbeschränkten Verteidigungs-Vollmacht, bei der Strafkammer des L.G.St. eine Eingabe ein, worin, neben der Bitte um Akteneinsicht, gemäß § 140 Abs. 2 der St.P.O. der Antrag auf Bestellung eines Verteidigers für die Angeschuldigte gestellt wurde. Der Vorsitzende der Strafkammer lehnte mit Bezug namentlich darauf, daß die Angeschuldigte einen Verteidiger gewählt habe, den Antrag ab. Hiegegen erhob der gewählte Verteidiger Beschwerde, worin er unter anderem geltend machte: der erste Satz des Abs. 3 in § 140 der St.P.O. beziehe sich nicht auf die Fälle der Ziff. 2 des Abs. 2 daselbst, ferner: in dem gestellten Antrag liege die Erklärung, daß das Mandat des gewählten Verteidigers im Augenblick der Bestellung eines Offizialanwaltes erloschen sei, endlich: die Analogie des (die unbeschränkte Wahlfreiheit des Beschuldigten im Auge habenden) § 143 der St.P.O. treffe auf den vorliegenden Fall nicht zu. -- Von dem Strafsenat wurde in Erwägung 1) daß zwar der abgelehnte, auf den § 140 Abs. 2 der St.P.O. sich stützende Antrag innerhalb der nach Abs. 3, letzter Satz, dieses Paragraphen einzuhaltenden Frist gestellt worden ist, 2) daß aber die Rechtsanwälte — von der Angeschuldigten am 27. v. M. zu ihren Verteidigern gewählt worden sind und die Wahl angenommen haben, daß dieses Auftragsverhältnis noch besteht und daß die gewählten Verteidiger zu den Personen gehören, welche zu Verteidigern bestellt werden dürfen, daß sonach der angefochtene Beschluß den gesetzlichen Bestimmungen über die Bestellung eines Verteidigers, insbesondere den §§ 138, 140 und 143 der St.P.O. entspricht, im Hinblick auf § 505, Abs. 1 der St.P.O. beschlossen, die Beschwerde der Angeschuldigten als unbegründet zu verwerfen und der Beschwerdeführerin die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen.

2.

Bedarf es in den Fällen des § 140 der St.P.O. eines Gerichtsbeschlusses?

Strafsen.Beschl. v. 19. Mai 1888 (Nr. 170) in U.S. gegen G. A. A. von W., wegen schweren Diebstahls.

Der auf den § 140 (Abs. 2, Nr. 2) der St.P.O. gestützte, innerhalb der Präklusivfrist des Abs. 3 (letzt. Satz) a. a. O. bei der Strafkammer des L.G. St. eingekommene Antrag auf Bestellung eines Verteidigers war durch Kollegialbeschluß der Strafkammer deshalb abgelehnt worden, weil sie der Ansicht war, dem Angeschuldigten stehe ein Wahlverteidiger zur Seite. Auf die Beschwerde des Angeschuldigten wurde der Beschluß der Strafkammer aufgehoben und verfügt, daß der gedachte Antrag dem Vorsitzenden derselben zur Beschlußfassung übergeben werde, da in den Fällen des § 140 der St.P.O. der Bestellung eines Verteidigers die für die Fälle des § 141 daselbst vorgeschriebene Beschlußfassung des Gerichts nicht vorauszugehen habe, vielmehr in jenen Fällen die Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 140 zutreffen, dem zur Auswahl des Verteidigers berufenen Vorsitzenden des Gerichts zukomme, die Strafkammer sonach zu einer sachlichen Entscheidung nicht zuständig gewesen sei.

3.

Die Frage des Sühneversuchs in der Revisionsinstanz. §§ 420 u. 380 d. St.P.O.

Urt. des Strafs. vom 23. Juni 1886 gegen M. G. von W. (Nr. 168).

Die in der unten stehenden Abhandlung besprochene Frage der Zulässigkeit der Nachholung des Sühneversuchs lag dem Strafsenat des Oberlandesgerichts in der Privatklagsache des Bauers G. von W. gegen M. G. von W. wegen Beleidigung (in welcher das in Band I der Jahrb. S. 184—187 mitgeteilte oberlandesgerichtliche Urteil vom 10. März 1886 ergangen war) am 23. Juni 1886 vor; ihrer Entscheidung in der Revisionsinstanz stand aber der § 380 der St.P.O. ent-

gegen. — Nach Erlaß des Revisionsurteils vom 10. März 1886 legte nämlich der Privatkläger Bescheinigung über einen zwischen ihm und dem Angeklagten am 2. April 1886 erfolglos vorgenommenen Sühneversuch dem Berufungsgericht vor. Durch Urteil vom 13. dess. Monats erkannte hierauf das Berufungsgericht auf Aufhebung des gegen die Angeklagte Strafe aussprechenden Urteils erster Instanz und auf Zurückweisung der nicht vorschriftsmäßig erhobenen Privatklage, wobei die Strafkammer davon ausging, daß ein erst nach erhobener Privatklage im Lauf des Verfahrens vorgenommener Sühneversuch der Bestimmung des § 420 der St.P.O. nicht entspreche, sondern wirkungslos sei. Die hiegegen eingelegte, namentlich Verletzung des § 398 der St.P.O. geltend machende Revision des Privatklägers wurde verworfen, indem das Oberlandesgericht sagte: das angegriffene Urteil (vom 13. April 1886) berührt den Strafverfolgungsantrag nicht, es gibt lediglich über eine prozessuale Voraussetzung der anhängig gemachten Privatklage, nämlich über die in § 420 Abs. 1 der St.P.O. enthaltene Vorschrift der Vornahme eines Sühneversuchs, eine Entscheidung, also nicht eine sachliche Endentscheidung, es läßt vielmehr einer solchen Raum und zu diesem Ende dem Strafantragsteller die erneuerte Anbringung einer Privatklage ausdrücklich offen. Darauf endlich, daß die über die gedachte prozessuale Voraussetzung von dem Vorderrichter getroffene Entscheidung dem Gesetze nicht entspreche, kann die Revision gegen das erlassene Berufungsurteil nicht gestützt werden, da hiemit die Verletzung einer solchen Rechtsnorm über das Verfahren gerügt wird, welche von der allgemeinen Vorschrift des § 380 der St.P.O. nicht ausgenommen ist [1]).

4.

Prozessuale Bedeutung des Sühneversuchs. Beleidigung eines Kindes. § 420 der St.P.O., § 185 des St.G.B.

1) Zu vergl. auch die Anmerkung zu der nachstehend unter Nr. 5 mitgeteilten Entscheidung.

Urt. v. 9. Febr. 1887 in der Priv.-Kl.S. des P. M. von B. gegen K. G. von da. Num. 30.

Die Privatklage war ohne vorgängigen Sühneversuch gemäß § 223, Abs. 1 des St.G.B. erhoben und ihr entsprechend die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen worden. Der Privatkläger und der Angeklagte wohnten in demselben Gemeindebezirk. Gegenstand der Klage war ein Vorfall vom 23. Juli 1886, der nach der Feststellung des in der Berufungsinstanz ergangenen Urteils darin bestand, daß der Angeklagte mit einer Hand den 13 Jahre alten Sohn des Privatklägers, unter Vorhalten über eine gegen ein Kind des Angeklagten begangenen Mißhandlung, an den Haaren gefaßt und die andere Hand ihm an die Wange gelegt hatte. Die Frage des mangelnden Sühneversuchs kam in der Revisionsinstanz insofern zur Erörterung, als diesem Mangel vom Berufungsgerichte Bedeutung für seine Annahme, daß die strafrechtliche Verfolgung überhaupt unzulässig sei, beigelegt wurde. Das Berufungsurteil vom 29. Dez. 1886 lautete nämlich auf Freisprechung des Angeklagten. Der Strafsenat hob dieses Urteil nebst den zu Grund liegenden Feststellungen auf und verwies die Sache an die Strafkammer zurück.

Aus den Gründen:

Der Mangel des objektiven Thatbestandes (der Körperverletzung) wird von dem Berufungsgericht darin gefunden, daß, wie gesagt wird, auf Grund obiger Feststellung und da nicht ausgeschlossen sei, daß der Knabe sein subjektives Schmerzgefühl übertrieben dargestellt habe, nicht als voll erwiesen angenommen werde, daß die Handlung des Angeklagten als körperliche Mißhandlung des Knaben, d. h. als wirkliche Störung seines körperlichen Wohlbefindens, anzusehen sei. In dieser Beurteilung des Sachverhalts ist ein Rechtsirrtum nicht zu erkennen, weil nicht jede Erzeugung von Schmerz, auch die eines ganz geringen und nur augenblicklichen Schmerzes eine Thätlichkeit zur Mißhandlung macht.

Mit Recht wird sodann untersucht, ob nicht dem Ange-

klagten ein Vergehen thätlicher Beleidigung (St.G.B. § 185, 2. Fall) zur Last falle. Dies wird jedoch darum verneint weil, abgesehen davon, daß es hiefür auch an den Voraussetzungen des Sühneversuchs (St.P.O. § 420) fehlen würde, notwendig wäre, daß die Handlung des Angeklagten eine Ehrenkränkung enthalte, bezw. enthalten sollte, was, da die Thätlichkeit einem Kinde gegenüber verübt worden, selbstverständlich nicht anzunehmen sei. Diese Gründe sind rechtsirrtümlich. Die Vornahme eines Sühneversuchs ist lediglich prozessuale Voraussetzung des Beginns eines Privatklageverfahrens wegen Beleidigung, ihr Mangel ist nicht ein (die Bestrafung eines Angeklagten ausschließender) Mangel eines rechtsgültigen Antrags auf Strafverfolgung (vgl. Entsch. d. Reichsger. in Straff. VIII S. 207). — Irrig ist auch die Ansicht, daß eine gegen ein Kind begangene Thätlichkeit ein Vergehen der Beleidigung schlechthin nicht enthalten könne. Entscheidend ist vielmehr, ob ein Beschuldigter durch seine Handlung die auch in einem Kinde anzuerkennende menschliche Würde verletzt und zwar mit Wissen und Willen ohne Recht verletzt hat; und diese Frage kann nur mit Rücksicht auf die gesamten Verhältnisse des einzelnen Falls beantwortet werden (vergl. Entsch. I S. 31 oben und besond. Rechtsprechung VI S. 341). Da dies nicht geschehen, und das Vorhandensein eines Vergehens der Beleidigung aus einem Rechtsirrtum verneint ist, wird das angefochtene Urteil nebst sämtlichen Feststellungen aufgehoben und die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an die Strafkammer zurückverwiesen.

5.

Kommt in § 420, Abs. 2 der St.P.O. der bürgerliche Wohnsitz in Betracht?

Urt. v. 26. Nov. 1884 in der P.Kl.S. der K. Pf. von L. gegen K. T. von da wegen Beleidigung (Nr. 246).

Die aufgeworfene Frage wurde von dem Straffenat in dem oben bezeichneten Urteil verneinend entschieden.

Die am 6. Juni 1884 erhobene Privatklage war durch das schöffengerichtliche Urteil als nicht vorschriftmäßig erhoben zurückgewiesen worden. Das die Berufung der Privatklägerin verwerfende Urteil der Strafkammer des L. G. H. vom 10. Okt. 1884 enthielt zugleich den Ausspruch, daß auf Einstellung des Verfahrens gemäß § 259 der St.P.O. zu erkennen sei, wobei davon ausgegangen wurde, der Mangel eines giltigen Strafantrages ergebe sich daraus, daß wegen Mangels des vorgängigen Sühneversuchs die Privatklage unzulässig erhoben sei, die Privatklage aber sei unzulässig erhoben, weil die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 des § 420 d. St.P.O. nicht zutreffe, es sei also die dreimonatliche Antragsfrist verstrichen. — Die Angeklagte hatte um die Zeit der Klageerhebung für längere Zeit außerhalb L. (ihres bürgerlichen Wohnsitzes) Wohnung genommen. Bestimmte Erhebungen bezüglich der Dauer ihrer Abwesenheit und des Beginns dieser Abwesenheit in Vergleichung mit dem Zeitpunkt der Klageerhebung lagen nicht vor. Auf die seitens des Privatklägers gegen das Berufungsurteil erhobene Revision wurde dasselbe durch das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben und die Sache an die Strafkammer zurückverwiesen.

In den Gründen des Revisionsurteils ist gesagt:

Begründet ist die Rüge, daß die Strafkammer den Abs. 2 des § 420 d. St.P.O. unrichtig ausgelegt hat, indem sie die Worte „wenn die Parteien nicht in demselben Gemeindebezirke wohnen" dahin versteht: wenn die Parteien nicht in demselben Gemeindebezirke ihren Wohnsitz im Sinne des bürgerlichen Rechts haben. Unter der Gemeinde, in welcher die Parteien „wohnen", ist nach der gewöhnlichen sprachlichen Bedeutung dieses Wortes die Gemeinde, in welcher die Parteien ihre Wohnung inne haben, zu verstehen; hätte das Gesetz die Ausnahme des Abs. 2 nicht mit einem solchen thatsächlichen Aufenthalt, sondern mit dem Wohnsitze des bürgerlichen Rechts oder der Civilprozeßordnung verknüpfen wollen, so wäre im Hinblick auf andere Bestimmungen der Reichs-Justizgesetze (vergl. St.P.O. § 8, Abs. 1 mit § 119, C.P.O. §§ 13—17 mit § 160)

die Unterlassung der präziseren Ausdrucksweise „wenn die Parteien . . . ihren Wohnsitz haben“ kaum erklärlich. Zweifellos ergibt sich aber die Irrigkeit der Auslegung der Strafkammer aus den Materialien der St.P.O. Der Art. XVIII des Einführungsgesetzes zum preußischen Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, worin der § 420 der St.P.O. seinen Ursprung hat, hatte in Abs. 1 gelautet: „In den Landesteilen, in welchen das Institut der Schiedsmänner besteht, soll eine Klage über Ehrverletzungen und leichte Mißhandlungen, sofern sie nur im Wege des Civilprozesses verfolgt werden, von den ordentlichen Gerichten nicht eher zugelassen werden, als bis durch ein von dem Schiedsmann des Verklagten ausgestelltes Attest nachgewiesen wird, daß der Kläger die Vermittlung des Schiedsmanns ohne Erfolg nachgesucht hat. Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Kläger in einem andern Gerichtsbezirke seinen Wohnsitz hat als der Verklagte.“ In dem ersten Entwurfe der St.P.O. (§ 307) erhielt die Ausnahmebestimmung des jetzigen § 420 die Fassung: „wenn die Parteien nicht in demselben Amtsgerichtsbezirke wohnen“; die Motive Seite 263 bemerkten, daß es eine zu große und nicht zu rechtfertigende Erschwerung des Klagerechts enthalten würde, wenn das Gesetz die Parteien zu weiten und kostspieligen Reisen behufs Veranstaltung des Sühneversuchs nötigen würde. Zu der nunmehrigen Fassung des Abs. 2 des § 420 (II. Entw. § 314, III. Entw. § 360), wonach der Sühneversuch nicht erfordert wird, wenn die Parteien nicht in demselben Gemeindebezirk wohnen, besagen die Motive, daß es eine zu große und nicht zu rechtfertigende Erschwerung des Klagerechts enthalten würde, wenn das Gesetz die Parteien zu Reisen behufs der Veranstaltung des Sühneversuchs nötigte. Obwohl nun, da unter dem Wohnen nicht jeder Aufenthalt beliebiger Dauer zu verstehen ist, der Strafkammer darin beizustimmen ist, daß die Möglichkeit fortbesteht, daß ein vorübergehend außerhalb der Gemeinde, in welcher er seine Wohnung inne hat, befindlicher Kläger, bezw. auch Beschuldigter zur Heimreise durch die Veranstaltung des Sühneversuchs veranlaßt wird, so sind doch die

Reisen nach dem Orte des bürgerlichen Wohnsitzes die zumeist ins Gewicht fallenden und zumal für Personen, welche keinen selbständigen Wohnsitz haben, besonders lästigen und mit dem erstrebten Zweck außer Verhältnis stehenden, und es ist deshalb nicht zu bezweifeln, daß in dem Abs. 2 des § 420 die diesbezügliche Fassung der Vorschrift des preußischen Gesetzes in der Erkenntnis der Unzweckmäßigkeit der letzteren nicht wiederholt worden ist. So verweist denn auch die preußische Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 in § 35 den Sühneversuch des § 420 der St.P.O. an den Schiedsmann, in dessen Bezirk der Beschuldigte „wohnt", wogegen in § 13 als für die Sühneverhandlung über bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zuständig der Schiedsmann bezeichnet ist, in dessen Bezirk der Gegner des Antragsstellers seinen „Wohnsitz" hat. Vgl. auch Keller, St.P.O. 2. Aufl. zu § 420 Not. 9.

Die Vornahme eines Sühneversuchs war hienach nicht erforderlich, falls die Angeklagte, obwohl sie ihren bürgerlichen Wohnsitz noch in L. hatte, thatsächlich daselbst zur Zeit der Erhebung der Privatklage nicht mehr gewohnt hat. Auf Grund der vorhandenen Akten kann die Frage, ob die Angeklagte zur Zeit der Klageerhebung nicht mehr in L. gewohnt hat, nicht zu Ungunsten der Privatklägerin verneint werden, und es erscheint daher die Annahme der Strafkammer, daß wegen des Mangels des Sühneversuchs die Privatklage unzulässig erhoben sei, als auf der irrigen Auslegung des § 420 beruhend [1]).

1) Die vorstehende Entscheidung ergab sich aus der damaligen Beurteilung der andern Frage, ob dem Strafantrag eine selbständige Bedeutung neben der Privatklage zukomme (zu vgl. Württemb. Ger.Bl. Bd. 19, S. 198 und 236—238, Bd. 20, S. 278; dagegen hieroben Num. 3 u. W. Jahrb. Bd. I, S. 184). Aus Anlaß dieser Revisionssache wurde von einer Seite, und zwar von der Anschauung aus, daß die Bestimmungen in § 420 der St.P.O. zu den Vorschriften über das Verfahren gehören, die Frage von der Zulässigkeit, beziehungsweise Notwendigkeit der Nachholung des Sühneversuchs in folgender Weise einer Erörterung unterzogen:

Nach der Gestaltung des Berufungsverfahrens der Strafprozeßord-

nung könne es keinem Bedenken unterliegen, den Sühneversuch noch in der Berufungsinstanz nachzuholen, wie ja auch (Oppenhoff, R.St.G.B., zu § 61, Note 34) die Stellung des Strafantrags in der Berufungsinstanz nachgeholt werden könne. (Zu vergl über letztere Frage: R.G Rechtsspr. V, 270—272 II. Senat 20. 4. 83; R.G.Entsch in Strass. VI, S. 37—41. I. Sen. 13. 2. 82; Olshausen, Komm z. R.St.G.B., 2. Ausg., zu § 61, Not. 57; Hälschner, d. Strafr. I, S. 713; v. Kries, die Prozeßvoraussetzungen des Reichsstrafproz., in v. Liszt, Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. V S. (1 ff.) 35 und 36 — Bem. des Einsenders). Richtiger sei aber wohl die Ansicht, daß Mangel oder inkorrekte Vornahme des Sühneversuchs in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden könne und daß sogar in der ersten Instanz eine solche Rüge oder Berücksichtigung des Mangels von Amtswegen nicht mehr statthaft sei, nachdem die Parteien in der Hauptverhandlung durch ihr Verhalten zu erkennen gegeben, daß sie sich nicht vergleichen wollen; denn die Abweisung der Privatklage wegen mangelnden Sühneversuchs sei nur eine Abweisung zur Zeit, die aber zwecklos wäre, wenn das Gericht unmittelbar erkenne, daß die Parteien sich nicht vergleichen wollen Die Nutzlosigkeit der Abweisung trete besonders deutlich hervor, wenn z. B. während des Verfahrens die eine Partei aufgehört habe, an demselben Ort wie die andere zu wohnen; denn in diesem Fall hätte die Zurückweisung nicht einmal die Folge, daß nunmehr ein Sühneversuch vorgenommen werden müsse, vielmehr müßte die Privatklage ohne weiteres sofort wieder erhoben werden können. Die kategorische Fassung des § 420 der St.P.O: „die Erhebung der Klage ist erst zulässig — —" beweise nichts. Der § 421 a. a. O. habe sogar die Fassung: „ . . . die Klage muß" (im Gegensatz zu soll) „den in § 198, Abs. 1 bezeichneten Erfordernissen entsprechen"; das Gericht habe hienach eine diesen Erfordernissen nicht entsprechende Privatklage gemäß § 422 sofort und, wenn etwa in der Erklärung des Angeschuldigten der Mangel gerügt sei, auch jetzt noch zurückzuweisen; sei aber bereits das Hauptverfahren eingetreten und finde nunmehr erst das Gericht oder der Angeschuldigte, daß z. B. das anzuwendende Strafgesetz in der Privatklage nicht bezeichnet worden, so sei doch in diesem Stadium der Mangel weder von Amtswegen zu berücksichtigen, noch diesfalls eine Rüge zuzulassen; denn in der Hauptverhandlung habe das Gericht volle Gelegenheit, die Willensmeinung des Privatklägers über das anzuwendende Strafgesetz, sofern es die Kenntnis derselben für noch erforderlich halte, zu erfahren. Noch weniger sei einzusehen, wie dem Angeschuldigten gestattet sein sollte, die Berufung auf einen solchen im Urteil nicht mehr enthaltenen Mangel mit Erfolg zu stützen, oder wie das Berufungsgericht von Amtswegen einen solchen Mangel zu berücksichtigen haben sollte. Vielmehr sei anzuerkennen, daß

der ursprüngliche Mangel in dem späteren Verfahren, wie in dem Verfahren auf die öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft (zu vergl die Fassung des § 198 der St.P.O. „Die Anklageschrift h a t — — — zu bezeichnen — — —") g e h e i l t werde, wie dies auch im C i v i l p r o z e ß Rechtens sei. Auch der § 230 der C.P.O. treffe in Ziff. 1—3 Bestimmungen über das, was die Klage enthalten m ü s s e; entspreche die Klagschrift diesen Anforderungen nicht, so treten zwar die Wirkungen, welche das Gesetz an die Erhebung der Klage knüpfe, insbesondere die Rechtshängigkeit nicht ein und könne gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden, allein der Verurteilung des Beklagten stehen die Mängel nicht im Wege, wenn in der mündlichen Verhandlung das Mangelnde nachgeholt werde. (Struckmann und Koch, C.P.O., zu § 230, Note 8.) — In dem Mangel eines S ü h n e v e r s u c h s sei ein u n h e i l b a r e r Mangel n i c h t zu erblicken. Der Umstand, daß die Strafprozeßordnung nähere Vorschriften über das V e r f a h r e n bei der Veranstaltnng und Vornahme des Sühneversuchs nicht enthalte, weise darauf hin, daß die ganze Vorschrift nur für das Vorverfahren der ersten Instanz erlassen sei, so daß eine Nachprüfung des Verfahrens der Vergleichsbehörde auf seine Richtigkeit nicht statthaft sein soll; das Fehlen solcher Vorschriften sei eine Kalamität, wenn die Frage des ordnungsmäßigen Verfahrens bei der Vornahme des Sühneversuchs in die Berufungs- und in die Revisionsinstanz gebracht werden könne. Unter der Herrschaft des (württemb.) IV. Edikts vom 31. Dez. 1818, welches in §§ 16 ff. Bestimmungen über den Sühneversuch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten enthielt, sei die Frage des Sühneversuchs gleichfalls nicht in die höhere Instanz gebracht worden, und nach der R.C.P.O. (§§ 570—573) sei kein Zweifel, daß die Unterlassung des Sühneversuchs bei dem Amtsgericht in Ehesachen nur vor der Anberaumung des Termins zur mündlichen Verhandlung Bedeutung habe.

Zu vorstehender Ausführung mag nun noch verglichen werden: v. K r i e s, in der oben angeführten Abhandlung, in v. Liszt, Ztschr., Bd. V S. 1 ff., namentlich S. 23—31, wo die Ansicht ausgeführt ist, daß in der Hauptverhandlung auf Mängel der Anklageschrift im Sinn des § 198 der St.P.O. nicht zurückgekommen werden könne, daß nun dieselbe prozessualisch überholt sei, der Eröffnungsbeschluß die Grundlage der Hauptverhandlung bilde, und Seite 33—38, wo sich unter Bezugnahme auf Entsch. des ReichsG in Straff. Bd. II S. 120—123 (I. Sen. 24. 6. 80.) die Ausführung findet, daß zu den Urteilsvoraussetzungen prozessualisch korrekte Erlassung eines Eröffnungsbeschlusses nicht gehöre. Zu vergl. ferner G l a s e r, Handbuch des Strafproz., Bd. II S. 448—455, vg. mit S. 441 und 442, wo unter Betonung der Endgiltigkeit der ergangenen Entscheidung, daß eine Hauptverhandlung stattzufinden habe, und des Fehlens einer gesetzlichen Handhabe für die nachmalige Prüfung

6.

§ 56 a, Ziff. 1 der Gewerbeordnung in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 1883.

Gehört das Ausziehen und Plombieren der Zähne zur Ausübung der Heilkunde? Ist eine vor dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung im Großherzogtum Baden erteilte Ermächtigung zu den Verrichtungen des Badergewerbes als Approbation im Sinne der Gewerbeordnung anzusehen?

Urt. d. Strff. vom 8. Okt. 1884 gegen F. B. von W. (Nr. 212) [1]).

Der Angeklagte ist durch Berufungsurteil der Strafkammer des K. L. G. R. vom 20. Aug. 1884 wegen unbefugter Ausübung der Heilkunde im Umherziehen gemäß § 56, a der Ge-

eines in dieser Hinsicht begangenen Mißgriffes, den Rügen von Mängeln der Anklageschrift, welche in der Hauptverhandlung erfolgen, eine weitere Wirkung, als die der Möglichkeit der Erlangung eines Vertagungsantrags zu weiterer Vorbereitung der Verteidigung, nicht zuerkannt wird. A. d. E.

1) In der obenstehenden Entscheidung des Oberlandesgerichts (Nr. 6) ist die Frage berührt, ob der Absatz 5 des § 29 der Gewerbeordnung sich auf die vor deren Inkrafttreten, beziehungsweise auf die letztmals gemäß der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 31. Dez. 1871 (R.G.B. S. 472) in Württemberg mit Erfolg geprüften Wundärzte zweiter Abteilung beziehe. Zu vergl. z. B. einerseits Reuschler im Württemb. Archiv Bd. 19, S. 281 ff. (296 und 297) und Bd. 23, S. 73 ff., andrerseits Schicker in Boscher, Ztschr. Jahrg. 19, S. 57—59; derselbe die Gewerbeordnung in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 1883, zu § 29 Note 16.

Das in der gegenwärtigen Lieferung der Jahrbücher veröffentlichte, in dankenswerter Weise der Redaktion mitgeteilte Urteil der II. Strafkammer des K. Landgerichts Stuttgart vom 13. Dez. 1887 in der Strafsache gegen den Wundarzt S. R. von L. wegen unberechtigter Führung eines ärztlichen Titels (das nicht in die Revisionsinstanz gekommen ist) entscheidet den anfangs aufgeworfenen Zweifel hinsichtlich der oben bezeichneten Frage dahin, daß dieselbe zu bejahen sei. Das vorstehende Urteil des Oberlandesgerichts vom 8. Oktober 1884 aber läßt mindestens die Frage offen.

werbeordnung zu einer Geldstrafe von 10 Mark verurteilt worden. Die von ihm eingelegte Revision wurde verworfen.

Die Gründe des oberlandesgerichtlichen Urteils lauten:

Nach § 56 a, Ziff. 1 der Gewerbeordnung in der Fassung der am 1. Jan. 1884 in Kraft getretenen Novelle vom 1. Juli 1883 ist die Ausübung der Heilkunde, insoweit der Ausübende nicht für dieselbe approbiert ist, vom Gewerbebetriebe im Umherziehen ausgeschlossen; die Zuwiderhandlung unterliegt der Strafbestimmung des § 148.

Der Angeklagte hat die in § 29 Abs. 1 der Gewerbeordnung bezeichnete Approbation als Zahnarzt, da er die auf Grund des Abs. 2 von dem Bundesrat in der Bekanntmachung vom 25. Sept. 1869 vorgeschriebene zahnärztliche Prüfung nicht erstanden hat, nicht erlangt. Der Angeklagte betreibt aber nach der thatsächlichen Feststellung des Gerichts voriger Instanz seit längerer Zeit das Gewerbe eines sogenannten Zahntechnikers und er hat (in Ausübung dieses Gewerbebetriebs) Anfangs Mai d. J. außerhalb seines Wohnorts Villingen, nämlich in Schramberg, ohne an diesem letzteren Ort eine gewerbliche Niederlassung begründet zu haben, und ohne vorgängige Bestellung verschiedenen Personen Zähne ausgezogen, auch in einem Falle Zähne plombiert. Hiemit sind die Thatbestandmerkmale des Gewerbebetriebs im Umherziehen im Sinn des § 56 a Ziff. 1 gegeben (vergl. auch Verfügung des K. Ministeriums des Innern vom 9. Nov. 1883, betreffend den Vollzug der Gewerbeordnung für das deutsche Reich, Regbl. S. 234 ff., § 55) und es ist denn auch in dieser Richtung ein Angriff gegen die in Anwendung des § 148 Abs. 1 Ziff. 7 a der Gewerbeordnung geschehene Verurteilung des Angeklagten nicht erfolgt.

Verfehlt ist die Revision des Angeklagten, indem sie in erster Linie geltend macht, daß das Urteil irriger Weise das Ausziehen und Plombieren von (kranken) Zähnen als Ausübung der Heilkunde betrachte. Unter der Heilkunde ist die Zahnheilkunde auch in den übrigen die Heilkunde betreffenden Bestimmungen der Gewerbeordnung (§§ 6 Abs. 1, 29, 40

Abs. 1, 53, Abs. 1, 54, 80 Abs. 2, 147 Abs. 1 Ziff. 3) mitverstanden und innerhalb der Berufsausübung, für welche die Zahnärzte nach den vom Bundesrat erlassenen Prüfungsvorschriften den Nachweis wissenschaftlicher Befähigung und praktischer Vorbildung erbringen sollen, besteht in der Vornahme der chirurgischen Verrichtungen des Ausziehens von Zähnen und des Ausbesserns schadhafter Zähne im Vergleich mit der sonstigen Thätigkeit der Zahnärzte vorzugsweise die die Beseitigung körperlicher Uebel und Leiden bezweckende Thätigkeit. Bei der Beratung der Ziff. 1 des § 56 a der Gewerbeordnung im Reichstag ist der Gewerbebetrieb der sich mit dem Ausziehen und Plombieren von Zähnen befassenden sogenannten Zahntechniker ausdrücklich zur Sprache gekommen, wobei die von mehreren Rednern als Einwendung gegen die Annahme der Ziff. 1 vorgetragene Schlußfolgerung, daß hiedurch auch diese Zahntechniker von solchem Gewerbebetrieb im Umherziehen ausgeschlossen sein werden, von keiner Seite widersprochen ist [1]).

Verfehlt ist aber auch der weitere Angriff, welchen gegen das Urteil die Revision mit der Berufung darauf unternimmt, daß der Angeklagte laut des ihm unter dem 6. März 1863 von dem großherzogl. badischen Bezirksamt B. erteilten Lizenzscheins auf grund der damals mit ihm abgehaltenen Prüfung als Wundarzneidiener angenommen und ihm hiebei neben der Ermächtigung zum Krankendienst die Ermächtigung zu den dem Badergewerbe zustehenden Verrichtungen erteilt worden ist, als welche Aderlassen, Schröpfen, Klystieren, Zahnausreißen, Fontanellschneiden, Anlegung einfacher Verbände und Aufschläge unter Ausschließung weiterer Funktionen namhaft gemacht sind. Die Begründung der Revision nimmt an, daß hiemit der Angeklagte im Sinne des Abs. 5 des § 29 der Gewerbeordnung als für das ganze Reich approbiert gelte, und bestreitet demzufolge die Richtigkeit der Ausführung des Gerichts vor. Instanz, daß der Angeklagte, wenn er auch im Großherzogtum

1) Stenogr. Berichte über die Verh. des Reichstags 5. Legisl.-Periode II Sess. 1882/83 Prot. der 62. Sitzung 1797 ff. und der 91. Sitzung S. 2680 ff.

Baden Menschen Zähne auszuziehen berechtigt sein möge, doch in Württemberg, da er zu den für die fraglichen Verrichtungen der Heilkunde nach württembergischem Landesrecht ermächtigten Medizinalpersonen nicht gehöre, nicht approbiert sei. Es will diese Stelle der Urteilsgründe nicht etwa besagen, daß der Angeklagte in Beziehung auf die Ausübung der Zahnheilkunde überhaupt, das heißt auch zum Betriebe dieses Gewerbes als stehenden Gewerbes und speziell zu solcher Betreibung in Württemberg einer Aprobation bedürfe und mangels des Besitzes der Approbation, beziehungsweise. mangels der Anerkennung als öffentlich ermächtigte Medizinalperson im Sinn der Verfügungen des K. Ministeriums des Innern vom 8. April 1872 (Regbl. S. 143 ff.) und vom 9. Nov. 1883 § 4 strafbar sei; aus den Urteilsgründen in ihrem Zusammenhang erhellt vielmehr, daß Gegenstand der Verurteilung nur die Ausübung der Zahnheilkunde im Umherziehen ist, während es für die Betreibung zahnärztlicher Kurpfuscherei als stehenden Gewerbes bei der Strafbestimmung des § 147 der Gewerbeordnung auch nach der Auffassung des Gerichts vor. Instanz bewendet.

Nun hat aber das Gericht vor. Instanz die Bestimmung in Abs. 5 des § 29 der Gewerbeordnung richtig dahin ausgelegt, daß sich dieselbe keinenfalls auf diejenige Klasse unterärztlichen Personals, welcher vermöge des ihm erteilten Lizenzscheins der Angeklagte angehört, erstrecke. Mit Bezugnahme auf die im Württ. Archiv XXIII S. 73 ff. veröffentlichte Abhandlung hat die Revisionsschrift unter Anderem das Verhältnis der vor der Einführung der Gewerbeordnung, beziehungsweise letztmals gemäß der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. Dez. 1871 (Reichsgesbl. S. 472) geprüften württembergischen Wundärzte zweiter und dritter Abteilung (vergl. die K. Verordnungen vom 14. Okt. 1830, Regbl. S. 443 ff., §§ 3 ff., und vom 24. März 1858, Regbl. S. 70) zu dem Abs. 5 des § 29 der Gewerbeordnung zur Sprache gebracht. Auch soweit die Wundärzte zweiter Abteilung von der Anwendung dieses Abs. 5 durch die Ministerialverfügung

vom 8. April 1872 ausgenommen sind, ist dieselbe in dem bereits erwähnten § 4 der Ministerialverfügung vom 9. Nov. 1883 aufrecht erhalten [1]). Jedenfalls ist aber der Angeklagte vermöge der seiner Zeit durch den Lizenzschein erlangten Befugnisse nicht einmal einem in beschränkter Weise berechtigten Wundarzte gleichzuachten; er gehört vielmehr vermöge dieses Lizenzscheins in die Klasse der Bader, Heilgehilfen und Heildiener, welchen ein Prüfungszeugnis nicht wegen des Besitzes zu selbständiger Beurteilung befähigender Kenntnisse, sondern wegen ihrer Handfertigkeit und Uebung erteilt ist. Zweifellos gehört dieses Personal weder zu den Wundärzten noch zu den Zahnärzten im Sinn des Abs. 5 des § 29 der Gewerbeordnung [2]).

Ist aber hienach der Angeklagte keine Person, welche in Beziehung auf den Gewerbebetrieb als Wundarzt oder Zahnarzt als für das ganze Reich approbiert gilt, so ist der Angeklagte wegen seiner Ausübung der Heilkunde im Umherziehen strafbar, und zwar ohne daß es der Zuhilfenahme der Ministerialverfügung vom 8. April 1872, sofern durch dieselbe der Angeklagte als öffentlich ermächtigte Medizinalperson für Württemberg nicht anerkannt wird, bedarf. Der Titel III der Gewerbeordnung regelt in §§ 55 ff. den Gewerbebetrieb im Umherziehen für das ganze Geltungsgebiet der Gewerbeordnung unter ausdrücklicher Bezeichnung der Ausnahmefälle, in welchen das Landesrecht maßgebend sein soll (vergl. §§ 56b Abs. 3 und 59 Abs. 2), wie denn auch, soweit nach der Gewerbeordnung für den Betrieb der diesfalls bezeichneten Gewerbe (wozu allerdings nach § 6 Abs. 1 die gewerbliche Ausübung der Heilkunde nicht gehört) Inländer eines Wander-

1) Gegenüber der angeführten Ausführung im Württ. Archiv vergl. nunmehr Schicker, die Gewerbeordnung für das deutsche Reich in der auf Grund des Gesetzes vom 1. Juli 1882 veröffentlichten Fassung zu § 29 Not. 16.

2) Vergl. Seydel in den Annalen des deutschen Reichs, Jahrgang 1881, S. 684. Erkenntnis des bayr. Kassationshofs vom 24. Mai 1875 in Stenglein Zeitschrift, V S. 200. Urteil des I. Straffenats des Reichsgerichts vom 8. Mai 1882, Entsch. VI S. 261 ff.

gewerbescheins bedürfen, sich dessen Wirkung nicht nach den territorialen Grenzen der einzelnen Bundesstaaten bemißt. Zugleich liegt kein Grund dafür vor, daß in § 56a Ziff. 1 der Gewerbeordnung der Ausdruck Approbation zur Ausübung der Heilkunde in einem weiteren Sinne als in Abs. 1, 2 und 5 des § 29 der Gewerbeordnung zu verstehen wäre; die Motive zu § 56 a Ziff. 1 bemerken, daß auch die Vorschrift des § 29 auf eine einheitliche Regelung der Materie hinweise (stenogr. Berichte a. a. O. Anlagen S. 22). Eine landesrechtliche Berechtigung zur gewerblichen Ausübung der Heilkunde im Umherziehen im Gebiete des betreffenden Bundesstaats auf Grund eines nicht unter den Abs. 5 des § 29 fallenden Prüfungszeugnisses oder Lizenzscheins ist somit in der reichsrechtlichen Bestimmung des § 56a nicht anerkannt und im vorliegenden Fall ist daher der Umstand, daß der Angeklagte in Württemberg die Heilkunde im Umherziehen ausgeübt hat, unerheblich.

Ueberdies geht die Revision des Angeklagten darüber hinweg, daß der dem Angeklagten erteilte Lizenzschein nur auf die Ermächtigung zum Ausziehen, nicht auch auf die Ermächtigung zum Plombieren der Zähne lautet.

Nach dem Ausgeführten ist die Revision unter Verfällung des Beschwerdeführers in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen.

7.

Ist das Verführen von Bier aus einer Brauerei an Achskunden die Verrichtung einer Arbeit des Gewerbebetriebes im Sinne des § 2 Ziff. 1 der K. W. Verordnung vom 27. Dez. 1871, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage. (Reg.Bl. S. 412)?

Urt. v. 27. Jan. 1886 gegen Ch. H. von Z. (Num. 11.)

Der Dienstknecht Ch. H. von Z. war durch Berufungsurteil der Strafkammer — vom 1. Dez. 1885 wegen Störung

der Sonntagsfeier auf den Grund des § 366 Ziff. 1 des St.G.B. in Verbindung mit § 2 der K. W. Verordnung vom 27. Dez. 1871, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage, zu Strafe verurteilt worden. Die Revision desselben wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Angeklagte habe am Sonntag den 27. August 1885 in seiner Eigenschaft als Gewerbegehilfe seines Dienstherrn, des Bierbrauers R. in U., nämlich als zur Verführung des Biererzeugnisses des letzteren bestellter Fahrknecht, mit einer zweispännigen Bierfuhre den zweistündigen Weg von U. nach G. zurückgelegt, hier unter Aufwand einer weiteren Stunde etwa 20 volle Bierfäßchen abgeladen, ebensoviele leere aufgeladen, auch hiebei seine Pferde gefüttert und hernach wiederum zwei Stunden auf die Heimfahrt zu verwenden gehabt, er sei somit am fraglichen Vormittag innerhalb seines Gewerbebetriebes mindestens fünf Stunden in förmlicher Arbeit gestanden. Die Behauptung, daß die Vornahme dieser Arbeit gerade innerhalb der erwähnten Zeit einem dringenden Bedürfnis entsprochen hätte, entbehre jeder thatsächlichen Grundlage.

Die Revision macht zuerst geltend, daß das Verführen von Bier seitens eines Bierbrauers an seine Kunden kein Teil der Ausübung des Bierbrauereigewerbes sei, sofern das nachträgliche vom Verkäufer den Käufern abgenommene Geschäft des Spedierens der Ware in die Häuser der Käufer nicht unter den Begriff dieses Gewerbes falle, daß daher der Angeklagte durch die Annahme, er habe sich als „Gewerbegehilfe" seines Dienstherrn in Vornahme der fraglichen Thätigkeit „innerhalb seines Gewerbebetriebes" befunden, beschwert sei. Wenn nun auch die Auffassung, daß der Angeklagte als „Gewerbegehilfe" des Bierbrauers R. innerhalb „seines" Gewerbebetriebes gearbeitet habe, im Hinblick auf die Beschaffenheit seiner auch außerhalb des Bierbrauerei-Gewerbes vorkommenden Arbeit, der Arbeit eines Dienstknechts, bez. Fuhrknechts, als der Auffassung der in ihrem 7. Titel von „gewerblichen

Arbeitern (Gesellen, Gehilfen, Lehrlingen, Fabrikarbeitern)" handelnden Gewerbeordnung entsprechend nicht erachtet werden kann, so darf doch hieraus nicht gefolgert werden, daß das Urteil auf Rechtsirrtum beruhe. Denn der wesentliche Inhalt der Feststellung ist der, daß die den Gegenstand der Anschuldigung bildende Handlung des Angeklagten Verrichtung einer Arbeit des Gewerbebetriebs ist, und diese Feststellung ist nicht rechtsirrig, weil jedes dem Zwecke eines Gewerbebetriebs dienende Geschäft als zum Betriebe dieses Gewerbes gehörig, also auch die vertragsmäßige Uebersendung einer verkauften Ware durch den Verkäufer an den Käufer als eine gewerbliche Thätigkeit anzusehen ist.

Die Berufung auf die Bestimmung des § 3 Ziff. 3 der genannten Verordnung sodann ist gegenstandslos, weil der Angeklagte nicht wegen des Auf- und Abladens von Waren und andern Gegenständen auf Straßen auf Grund des § 3, sondern wegen Verrichtung gewerblicher Arbeiten, von welchen dieses Geschäft nur den kleinsten Teil ausmachte, auf Grund des § 2 der V.O. bestraft worden ist.

Endlich wird eventuell Straflosigkeit des Angeklagten aus dem Grunde behauptet, weil es sich bloß um eine Ausübung des Gewerbebetriebs von Seiten des Dienstherrn des Angeklagten handeln könnte, und der Angeklagte nur im Auftrag seines Dienstherrn gehandelt habe. Allein es ist ohne Rechtsirrtum festgestellt, daß der Angeklagte an jenem Sonntag-Vormittage innerhalb eines Gewerbebetriebs in Arbeit gestanden, und dieses Arbeiten nicht durch ein dringendes Bedürfnis gefordert gewesen sei. Keiner Begründung aber bedarf es, daß ein Dienstbote nicht verpflichtet ist, einer gesetzwidrigen Anordnung seines Dienstherrn Folge zu leisten, und er daher im Fall der Vornahme einer gesetzlich verbotenen Handlung durch den Nachweis, daß sie ihm von seinem Dienstherrn aufgetragen, befohlen gewesen, sich nicht von Strafe befreien kann.

8.

Thätlicher Angriff auf einen Polizeidiener bei Vollstreckung einer nicht unter den gesetzlichen Voraussetzungen erlassenen ortspolizeilichen Verordnung. Umfang der Feststellungen im Fall geltend gemachter vermeintlicher Notwehr.

§§ 113 und 53 des St.G.B. Art. 51 ff. d. Pol.St.G. vom 27. Dez. 1871, in Verb. mit der K. V.O. von demf. Tage, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage.

Urt. des Fer.S. v. 27. Juli 1887 gegen B. C. und Ch. C. von Pf. (Num. 177.)

Durch das angefochtene Berufungsurteil der Strafkammer sind die beiden Angeklagten, der Metzger B. C. von Pf., Oberamts B., und dessen Bruder, der Weber Ch. C. von da, zu Strafen verurteilt worden, und zwar der erstere wegen je eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt und der Körperverletzung (§§ 113 und 223a des St.G.B.), der letztere wegen eines Vergehens der Körperverletzung (§ 223a des St.G.B.). Die den Gegenstand der Anklage bildenden Handlungen trugen sich bei einem Vorfall zu, der damit begann, daß der Ortspolizeidiener Oe. von Pf. gegen die ortsfremden (in Burgfelden wohnhaften) Insaßen eines an einem Sonntag (Stephanusfeiertag), abends, in das Dorf einfahrenden Schlittens durch Befragen über ihre Namen einschritt, weil dieselben, obwohl anständig, sangen. Erhebungen in der Revisionsinstanz über das das Einschreiten des Polizeidieners veranlassende Polizeiverbot (zu vergl. St.G.B. § 366, Ziff. 1; K. V.O. vom 27. Dez. 1871, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage; Pol.St.G. vom 27. Dez. 1871, Art. 51 ff.) ergaben das Bestehen einer entsprechenden, übrigens nicht nach den oben gedachten Bestimmungen des Polizeistrafgesetzes erlassenen ortspolizeilichen Anordnung in Pf.

Die Revision des Angeklagten B. C. wurde verworfen, wogegen die des Angeklagten Ch. C. von Erfolg war und insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung führte.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Anbelangend den Angeklagten B. C., so gehen die Feststellungen bezüglich des Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt dahin: dieser Angeklagte habe am Abend des 26. Dez. v. J. (des auf einen Sonntag fallenden Stephansfeiertags) zu Pf. den Polizeidiener De., während derselbe mit der Feststellung der Namen der Insaßen eines Schlittens, weil sie gegen ein bestehendes Polizeiverbot an einem Feiertage im Orte — übrigens in durchaus anständiger Weise — gesungen gehabt, beschäftigt, somit, wie der Angeklagte gewußt, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amts begriffen gewesen, mit den Worten: „da braucht man nichts aufzuschreiben, da schlägt man zu!" bei Seite gestoßen, um den von ihm beabsichtigten Angriff auf die Insaßen jenes Schlittens ungehindert ausführen zu können, denselben somit thätlich angegriffen. — — —

In betreff des Angeklagten Ch. C. sodann ist festgestellt: dieser Angeklagte habe bei demselben Anlaß — wobei er sich übrigens nicht schon bei dem Beginn jenes rechtswidrigen Angriffs des Mitangeklagten auf die Insaßen des Schlittens beteiligt, sondern erst im späteren Verlauf der Schlägerei in solche eingemischt — dem Trikotweber Johann Georg B. von B. vorsätzlich und, wie er gewußt, rechtswidrig mittelst eines — nach der gemachten Beschreibung als gefährliches Werkzeug anzusehenden — Prügels einen Schlag auf den Kopf versetzt, wodurch eine Beule verursacht worden. — — — —

Von der Revision wird geltend gemacht, daß die Anwendung des Strafgesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis fehlerhaft sei. — — —

Betreffend nun das dem Angeklagten B. C. zur Last gelegte Vergehen des W i d e r s t a n d s g e g e n d i e S t a a t s g e w a l t, so hat der Vorderrichter keineswegs — wie die Revision meint — mit der Annahme, daß der Angeklagte den Polizeidiener De. thätlich angegriffen habe, rechtlich geirrt, denn nicht so, wie die Revision die Feststellung auffaßt: daß eine etwaige körperliche Berührung des De. durch den Angeklagten nur gelegentlich seines Angriffs auf andere stattge-

funden habe, ist die Feststellung zu verstehen, vielmehr ist festgestellt, daß der Angeklagte, um den Angriff auf die Insaßen des Schlittens ungehindert ausführen zu können, den Polizeidiener bei Seite gestoßen habe, womit unzweideutig ausgedrückt ist, daß der Angeklagte vorsätzlich eine gegen die Person des Polizeidieners De. — und zwar feindselig gegen ihn, um nämlich ein dem weiteren bezeichneten Vorhaben entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen — gerichtete Thätigkeit durch Beiseitestoßen des De. ausgeübt habe.

Es fragt sich aber, ob die Beurteilung des vorigen Richters nicht nach einer anderen Richtung zu beanstanden ist. Die Erwägungen desselben sind nämlich offenbar dahin aufzufassen: der Polizeidiener De., ein zur Vollstreckung von Gesetzen berufener Beamter, habe sich in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes befunden, indem er kraft eigener Entschließung die Namen der Insaßen des Schlittens zu dem Zweck festgestellt habe, damit ein strafrechtliches Einschreiten gegen dieselben erfolgen könne, weil sie sich gegen ein bestehendes Polizeiverbot dadurch verfehlt, daß sie, wenngleich „in durchaus anständiger Weise, an einem Feiertag im Ort“ gesungen haben. Also nicht darin, daß etwa durch die Art oder den Inhalt des Gesangs oder mit Rücksicht auf andere begleitende Umstände die Ruhe gestört oder ein grober Unfug verübt worden sei, sondern darin allein wurde die vermeintliche Verfehlung der Personen, gegen welche der Polizeidiener De. einschritt, gefunden und darauf allein stützt sich somit die Berechtigung zu diesem Einschreiten, daß jene Leute überhaupt an einem Feiertag im Ort gesungen haben. Ein dahin gehendes gesetzliches Verbot oder eine auf Grund eines Gesetzes diesfalls erlassene allgemeine Verordnung existiert aber nicht, und zwar auch nicht in der Richtung, daß das Singen an einem Feiertag, Festtag oder Sonntag auf der Straße eines Orts (wie es ohne Zweifel von dem vorigen Richter gemeint ist) überhaupt verboten sei, wie sich aus der im Hinblick auf § 366 Z. 1 des St.G.B. erlassenen K. V.O. vom 27. Dez. 1871, betreffend die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage, ergibt. Nach den bestehenden

gesetzlichen Normen sind aber auch die Ortspolizeibehörden befugt, in Fällen, in welchen das Strafgesetzbuch oder das Polizeistrafgesetz vom 27. Dez. 1871 auf Polizeiverordnungen, polizeiliche Vorschriften oder Anordnungen Bezug nimmt oder solche voraussetzt, dieselben für den Bereich des Gemeindebezirks zu erlassen (P.St.G. Art. 51 ff.) und die oben gedachte K. V.O. vom 27. Dez. 1871 gibt in § 15 für ortspolizeiliche Vorschriften bezüglich der Feier für Sonn-, Fest- und Feiertage nähere, namentlich auch die Grenzen für ortspolizeiliche Anordnungen betreffende Regeln. Nicht zu bezweifeln ist, zufolge eingeholter Aeußerung des Schultheißenamts Pf. vom 19. d. M., daß in Pf. eine ortspolizeiliche Vorschrift, wonach daselbst an Sonn- und Festtagen auf der Straße überhaupt nicht gesungen werden darf, gehandhabt wird und schon zur Zeit der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung in Uebung war. Zweifellos ist aber, daß dieser ortspolizeilichen Vorschrift die Voraussetzungen giltiger Erlassung ermangeln. Allein aus den Feststellungen des vorigen Richters ergibt sich notwendig der Schluß, daß sie davon ausgehen, der Polizeidiener Oe. habe im guten Glauben an den Rechtsbestand des gedachten Ortspolizeiverbotes die fragliche Amtshandlung am 26. Dez. 1886 vorgenommen. Zweifellos ist ferner, daß die Art, wie derselbe im vorliegenden Falle die vermeintlich über die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- und Feiertage gesetzlich bestehenden Vorschriften zur Vollstreckung brachte, den gesetzlichen Anordnungen über Vollstreckung der wirklich hierüber zu Recht bestehenden Normen entspricht und daß er zu Vollstreckungen dieser Art zuständig ist. Wenn also auch der Erlaß der fraglichen ortspolizeilichen Vorschrift nicht als rechtmäßig erfolgt anzusehen ist, so kommt dagegen in Betracht, daß dieselbe als von einer bei Erlassung von Vorschriften dieser Art innerhalb der allgemeinen Grenzen ihrer Amtsbefugnisse handelnden Behörde ausgehend erscheint, daß demnach die Vollstreckung derselben unter den vorliegenden Umständen als rechtmäßige Amtsausübung des Vollstreckungsbeamten anzusehen ist. —

Was aber die Revision des Angeklagten Ch. C. anbelangt, so konnte derselben der Erfolg nicht versagt werden. Zwar ist ein Rechtsirrtum darin nicht zu finden, daß der Vorderrichter den von diesem Angeklagten zur Verübung der That, nämlich zu einem Schlag auf den Kopf gebrauchten „Prügel“ als gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223a des St.G.B. angesehen hat, da nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein „Prügel“ ein Werkzeug ist, das an sich nach seiner beim Gebrauch zum Schlagen auf einen menschlichen Körper gewöhnlichen Wirkung geeignet ist, eine erhebliche Körperverletzung hervorzubringen, das also die Merkmale eines gefährlichen Werkzeugs, einer Waffe im Sinne jenes Paragraphen hat, und da nichts darauf hinweist, daß der Vorderrichter bei seiner das Werkzeug als Prügel bezeichnenden thatsächlichen Feststellung von dem allgemeinen Sprachgebrauch abgewichen sei. Wenn daher gerügt wird, daß der Berufungsrichter, im Widerspruch mit der Anschauung des Richters erster Instanz sich begnügt habe, das gebrauchte Werkzeug auf die (dem erkennenden Gerichte) gemachte Beschreibung, ohne Wiedergabe des Inhalts der Beschreibung und ohne objektive Karakterisirung als ein gefährliches zu bezeichnen, so kommt das lediglich auf einen gegen die Beweisführung gerichteten, somit unzuläßigen Angriff hinaus. — Der Angeklagte Ch. C. hat aber in der Hauptverhandlung sein Handeln als in Erwiderung eines auf ihn gemachten Angriffs erfolgt bezeichnet und dabei angegeben, daß demselben seine Annäherung an den Schlitten vorhergegangen und daß diese deshalb erfolgt sei, weil er gesehen, daß Burgfelder vom Schlitten herab auf seinen zu Boden fallenden Bruder losgesprungen seien. — Wenn auch das von Ch. C. eingeräumte Handgemeinwerden desselben sich auf einen andern Gegner, als den Johann Georg B. bezieht, so ist doch in jenem seinem Vorbringen die Behauptung zu finden, sein Handgemeinwerden sei überhaupt durch seine Annäherung gegen die Insaßen des Schlittens veranlaßt worden und diese Annäherung habe den Zweck gehabt, dem, nach seiner Auffassung der Sachlage, angegriffenen B. C. Beistand zu

leisten, also von demselben einen vermeintlich auf ihn erfolgten gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff abzuwenden. Das Berufungsgericht war daher veranlaßt, die Glaubwürdigkeit dieses Vorbringens zu prüfen und sich darüber auszusprechen, da es den Angeklagten Ch. C., falls er der irrigen Meinung gewesen wäre, eine durch Notwehr gebotene Handlung vorzunehmen, nicht eines wissentlich rechtswidrigen Handelns hätte für schuldig erklären können. Der Mangel eines Ausspruchs in dieser Richtung wird auch durch die sonstigen Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht gedeckt; denn das, was über die Einmischung des Ch. C. in die schon begonnene Schlägerei festgestellt wird, gibt über die — für die Beurteilung der Schuldfrage wesentlichen — Umstände dieser Einmischung keine Aufklärung und die sich als thatsächliche Feststellung gebende Erwägung, der Angeklagte habe, „wie er gewußt, rechtswidrig" gehandelt, ist eine rechtliche Folgerung, welche gerade die thatsächliche Grundlage, auf der sie ruht, vermissen läßt. — Die getroffenen Feststellungen rechtfertigen also die erfolgte Anwendung des § 223a des St.G.B. nicht.

9.

Inwieweit ist der Beweis von Thatsachen, von welchen die Berechtigung zur Stellung eines Strafverfolgungsantrags abhängt, in der Revisionsinstanz zu prüfen?

Urt. vom 8. Juni 1887 in der Privatklagsache des St. H. von O. gegen R. H. von da wegen Beleidigung (Num. 145.)[1].

Die Revision des wegen Beleidigung des Sohnes des Privatklägers zu Strafe verurteilten Angeklagten gegen das Berufungsurteil der Strafkammer — wurde aus folgenden Gründen verworfen:

[1]) S. Entsch. des O.L.G. vom 18. Jan. 1888 gegen B. S. in M. (Jahrb. der W. R.Pfl. I S. 310); zu vergl. auch Löwe, Komm. zur St.P.O. 5. Aufl. zu § 376, N. 2b; Stenglein, Komm. § 376, N. 4 u. A. A. d. E.

Die eingelegte Revision beantragt Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und Einstellung des Verfahrens, indem sie geltend macht, dieses Urteil beruhe auf einer Verletzung materieller Rechtsnormen, und zwar der §§ 61 ff. und 195 des St.G.B., insofern nicht festgestellt sei, daß der 25 Jahre alte Sohn des Privatklägers (diejenige Person, gegen welche die den Gegenstand der Anklage bildende Handlung begangen wurde) unter väterlicher Gewalt stehe, beziehungsweise zur Zeit des Strafantrags gestanden sei, ein giltiger Strafantrag also nicht vorliege.

Der Vorderrichter hat festgestellt, der Angeklagte habe am 1. Jan. d. J. Nachts 11 Uhr in dem Wirtshaus „zum Hirsch" in O. den am Tische schlafenden Sohn des Privatklägers, den 25 Jahre alten J. H., dadurch, daß er ihm eine Anzahl von Streichen mit der Faust an den Kopf gegeben, vorsätzlich und rechtswidrig thätlich beleidigt, und auf den Grund dieser Feststellung denselben gemäß § 185 des St.G.B. zu Strafe und Kosten verurteilt.

Nach dem Inhalt der Akten ist die den Strafverfolgungsantrag enthaltende Privatklage seitens des Bauers St. H. von O. unter Bezugnahme darauf, daß eine gegen seinen Haussohn verübte Beleidigung in Frage sei, gemäß § 195 des St.G.B. gegen den Angeklagten erhoben worden, während der Beleidigte selbst einen Strafverfolgungsantrag nicht gestellt hat, dem auf jene Privatklage eingeleiteten und anhängigen Verfahren nicht beigetreten ist.

Als zweifellos ist nun anzusehen, daß der Vorderrichter von der Annahme ausging, daß J. H. aus der väterlichen Gewalt bis dahin nicht ausgetreten sei und daß dem Privatkläger diese zur Zeit noch andauernde Gewalt zustehe. Der Vorderrichter hat dieser Annahme, wenn sich auch die seinem Urteil beigefügten Gründe mit der Bemerkung begnügen, der Beleidigte sei der Sohn des Privatklägers, dadurch näheren Ausdruck gegeben, daß im Eingang der Urteilsformel der Privatkläger als der „Hausvater des J. H." bezeichnet ist. Diese Ausdrücke lassen aber nicht erkennen, daß der Vorder-

richter von einer rechtsirrtümlichen Anschauung hinsichtlich der für die **Begründung** der väterlichen Gewalt bestehenden gesetzlichen Voraussetzungen ausgegangen sei, namentlich etwa, was die Begründung der väterlichen Gewalt durch Abstammung anbelangt, hinsichtlich des diesfalls vorausgesetzten ehelichen Verhältnisses, und der Revision ist auch die Behauptung, daß es an den die **Entstehung** der väterlichen Gewalt herbeiführenden Voraussetzungen fehle, nicht zu entnehmen.

Die väterliche Gewalt, auf welcher das selbständige Recht des Vaters zu Stellung eines Strafverfolgungsantrags wegen einer gegen sein Hauskind begangenen Beleidigung nach § 195 des St.-G.B. ruht, dauert, auch wenn das Hauskind volljährig geworden ist, fort, bis einer der besonderen Umstände eintritt, welche nach dem Gesetze ihre Beendigung herbeiführen, z. B. die Gründung eines eigenen Haushaltes durch das Kind, was hinwiederum auf mannigfache, namentlich je nach der Art des von dem Hauskind gewählten Berufs verschieden sich gestaltende Weise geschehen kann.

Das Protokoll über die Hauptverhandlung des Berufungsgerichtes ergiebt nun, daß überall nicht geltend gemacht wurde, es sei einer der die väterliche Gewalt beendigenden Umstände eingetreten; das Berufungsgericht hatte daher zu Beweiserhebungen und Feststellungen über das Vorliegen oder Mangeln eines solchen Umstandes, der möglicherweise hätte in Frage kommen können, keinen Anlaß. Es ist also auch bezüglich der Annahme des **Bestehens** der väterlichen Gewalt des Privatklägers über seinen Sohn J. H. ein Rechtsirrtum in der vorderrichterlichen Beurteilung **des hiebei zu Grund gelegten Sachverhalts** nicht ersichtlich.

Die Revision kann hienach durch das erst in der gegenwärtigen Instanz geltend gemachte Vorbringen, daß ein die väterliche Gewalt beendigender Umstand eingetreten sei, nicht begründet werden; denn dies ist nichts anderes als eine Bekämpfung der **thatsächlichen** Auffassung des Berufungsgerichtes in Beziehung auf solche Umstände, deren Feststellung

seinem freien Ermessen anheimgegeben war und deren Nachprüfung dem Revisionsrichter entzogen ist.

Demnach und da auch in sonstiger Richtung die Verletzung einer materiellen Rechtsnorm nicht erkennbar ist, war das eingelegte Rechtsmittel als unbegründet zu verwerfen und gemäß § 505, Abs. 1 der St.P.O. auszusprechen, daß dessen Kosten den Beschwerdeführer treffen [1]).

10.

Genügt die Annahme, daß eine Aeußerung nicht ausschließlich zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen sei, zur Verurteilung wegen Beleidigung? §§ 186 und 193 des St.G.B. Urt. v. 12. Mai 1886 gegen J. A. B. von H. (Nr. 116).

Die Revision des Angeklagten gegen das Berufungsurteil der Strafkammer war hinsichtlich seiner Verurteilung wegen eines gegen den Forstwächter R. von G. begangenen Vergehens der Beleidigung von Erfolg und führte insoweit zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung.

Aus den Gründen des Revisionsurteils:

Der Berufungsrichter hat für erwiesen erachtet, daß der Angeklagte eine — — an das K. Forstamt R. gerichtete Eingabe verfaßt, unterschrieben und unter dem 3. Sept. 1885 an dasselbe eingesendet habe, daß diese Eingabe die Behauptung ent-

1) Der in der Hauptverhandlung der I. und II. Instanz als Zeuge vernommene Beleidigte hat sich dem Sitzungsprotokoll zufolge als „Sohn des Privatklägers" als „beim Vater in O." (befindlich) bezeichnet. Die Revisionsschrift machte nun — ohne nähere Begründung — geltend: es sei nicht festgestellt und habe auch — da das Gegenteil wahr sei — nicht festgestellt werden können, daß der 25 Jahre alte Sohn des Privatklägers unter väterlicher Gewalt stehe, beziehungsweise zur Zeit des Strafantrags gestanden sei; diese Feststellung könne nicht durch die Bezeichnung des Sohnes des Privatklägers als „Haussohn" in der Privatklageschrift und durch dessen Aussage vor dem Schöffengericht, er sei zu Haus beim Vater, ersetzt werden. A. d. E.

halte, der Forstwächter N. sei am 1. Sept. 1885, statt seinem Dienste nachzukommen, den ganzen Tag in Wirtschaften herumgezogen, und der Eintrag in dem Dienstbuche desselben laute ganz anders (nämlich als der Wahrheit entsprechend), womit gesagt sei, er habe in seinem Dienstbuch einen wissentlich falschen Eintrag gemacht, daß es für diese Behauptungen an jedem Nachweis fehle, daß der Angeklagte hiemit in Beziehung auf N., dem er eine — sei es kriminell, sei es disziplinär — strafbare Fälschung seines Dienstbuchs nachgesagt, eine Thatsache, welche denselben verächtlich zu machen geeignet und nicht bewiesen sei, behauptet, und daß er in diesem Falle jedenfalls nicht ausschließlich zur Wahrnehmung berechtigter — sei es eigener, sei es dritter — Interessen gehandelt habe, daß vielmehr seine Absicht mindestens zugleich darauf gerichtet gewesen sei, N. an der Ehre zu kränken. — Die Revision behauptet, daß das Urteil gegen den § 193 des St.G.B. verstoße, sofern der Angeklagte beim Schreiben dieser Eingabe in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses sich befunden oder sich zu befinden geglaubt habe; er habe nämlich nur von einer Befugnis Gebrauch gemacht, die ihm zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung zustehe, von der Befugnis, strafbare Handlungen bei der zuständigen Behörde zur Anzeige zu bringen, und er habe hieran auch ein ganz besonderes Interesse gehabt; überdies habe er sich hiezu eines maßvollen Mittels bedient; die sämtlichen in seiner Eingabe behaupteten Thatsachen seien wahr und so ziemlich erwiesen.

In diesem Punkte kann der Revision Erfolg nicht versagt werden. Durch die angeführte Feststellung ist ausgesprochen, daß der Angeklagte die in seiner Eingabe enthaltenen ehrverletzenden Aeußerungen zum Teil zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gethan haben möge. Bei dieser Auffassung nun mußte nach Maßgabe des § 193 des St.G.B. dargelegt werden, ob und inwiefern die — als mindestens zugleich vorhanden erklärte — Absicht, rechtswidrig die Ehre N.'s anzugreifen, also das Vorhandensein einer Beleidigung, aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter

welchen sie geschehen, hervorgehe. Da dies aber unterblieben ist, so stellt sich insoweit der § 186 des St.G.B. durch seine Anwendung als verletzt dar.

11.

§ 17 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878; § 30 der Verf. des K. Justizministeriums, betr. die Behandlung der Gerichtskosten in Strafsachen, vom 22. März 1882.

a. **Beschluß vom 14. April 1886 in U.S. gegen Ch. M. von N. wegen Beleidigung (Num. 93).**

J. G. U. von N., der als Zeuge bei einer Verhandlung vor einer Strafkammer vernommen worden war, hatte sich bei der seitens des Vorsitzenden der Strafkammer erfolgten Anweisung des Betrags seiner Zeugengebühr nicht beruhigt und Beschwerde an das Oberlandesgericht erhoben. Der Strafsenat beschied den Beschwerdeführer dahin: da § 17 der R.Geb.O. vom 30. Juni 1878, indem er gegen die Festsetzung von Gebühren ein Beschwerderecht einräumt, voraussetzt, daß die einem Zeugen zu gewährenden Beträge von dem Gericht oder dem Richter, vor welchem die Verhandlung stattfindet, festgesetzt werden, und daher im vorliegenden Fall der Beschwerdeführer, wenn er sich bei der Verfügung des Vorsitzenden der Strafkammer nicht beruhigen zu können glaubte, die Festsetzung seiner Gebühren durch die Strafkammer zu beantragen hatte, um einen Beschluß derselben herbeizuführen, so kann in Ermanglung eines solchen Beschlusses die erhobene Beschwerde nicht für statthaft erachtet werden.

b. **Beschluß vom 2. Dez. 1885 in U.S. gegen E. G. von Sch. wegen Unterschlagung (Num. 291).**

J. M. von S. hatte Zeugengebühren in Anspruch genommen. Der Vorsitzende der Strafkammer, vor welcher die Verhandlung, bei der die Vernehmung des M. erfolgt war, stattgefunden hatte,

wies den Anspruch ab, wogegen M. Beschwerde erhob. Diese Beschwerde wurde von dem Vorsitzenden der Strafkammer dem Strafsenat zur Entscheidung vorgelegt, von letzterem aber unterm 2. Dez. 1885 dem Vorsitzenden der Strafkammer unter Hinweisung auf § 17 der Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 mit dem Auftrag zurückgegeben, eine Entscheidung der — auch von M. angerufenen — Strafkammer, als des Gerichts, vor welchem die betreffende Verhandlung stattgefunden, über die Erinnerung desselben gegen die vorläufige Nichtfestsetzung des von ihm angesprochenen Betrags herbeizuführen.

12.

Weiterübertragung eines Ersuchens um Rechtshilfe. Beschl. vom 27. Juni 1888 (Num. 213).

Auf eine Beschwerde des K. Pr. Amtsgerichts W. gegen das K. Amtsgericht S. wegen Ablehnung eines Ersuchens um Rechtshilfe erging folgende Entscheidung des Strafsenats in einem Erlaß an das Amtsgericht S.:

Die Strafkammer des K. Landgerichts — hat unterm 18./20. d. M. Akten des K. Preuß. Landgerichts H. betreffend eine Voruntersuchung gegen J. N. und dessen Ehefrau F. N. von N. wegen Betrugs zur Entscheidung über eine von dem K. Preuß. Amtsgericht W. gegen das K. Amtsgericht S. im Sinne des § 160 des R.Ger.Verf.G. erhobene Beschwerde hierher vorgelegt.

Hienach ist das Amtsgericht W. unterm 19. April d. J. von dem Untersuchungsrichter beim Landgericht H. um Vernehmung der von der Angeschuldigten F. N. in bestimmten Richtungen namhaft zu machenden, im Bezirk des Amtsgerichts W. wohnhaften Zeugen ersucht worden. Die Angeschuldigte F. N. hat diesfalls u. a. den Zeugen A. N. in E. benannt, und das Amtsgericht W. hat, nachdem sich herausgestellt, daß dieser Zeuge zur Zeit im jenseitigen Gerichtsbezirke, nämlich in M. wohnt, unterm 19./23. vor. Mts. dem Amtsgericht S.

die Akten übergeben, um dem Ersuchen des Untersuchungsrichters zu entsprechen.

Die jenseitige Gerichtsstelle hat es jedoch abgelehnt, diesem Ansinnen zu entsprechen und die Ablehnung damit begründet 1. daß das Ersuchungsschreiben des Untersuchungsrichters nicht an das Amtsgericht S., sondern an das zu W. gerichtet worden sei, weshalb nur einem direkten Ersuchen seitens des Untersuchungsrichters werde Folge geleistet werden, 2. daß die Vernehmung des Zeugen A. R. im Hinblick auf die örtlichen Verhältnisse seines gegenwärtigen Wohnorts gegenüber den beiden Amtsgerichtssitzen ebensowohl in W. als in S. zu bewerkstelligen sei, und 3. daß auch sachliche Gründe die Vernehmung durch das mit der Sache bisher schon befaßte Amtsgericht W. zweckentsprechender erscheinen lassen.

Keiner dieser Gründe rechtfertigt nach den maßgebenden Bestimmungen des § 159 des R.G.V.G. die von dem Amtsgericht S. ausgesprochene Ablehnung des an dasselbe gerichteten Ersuchens.

Zweifellos ist die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts S. zu der Handlung, um welche es ersucht wurde, begründet, und es steht einem ersuchten örtlich zuständigen Richter nach jenem Gesetzesparagraphen nicht zu, die Handlung, um deren Vornahme er ersucht wird, deshalb abzulehnen, weil sie nach seiner Ansicht von dem ersuchenden Richter selbst vorzunehmen sei. Zweifellos ist auch, daß ein um Rechtshilfe ersuchter Richter das an ihn gerichtete Ersuchen unmittelbar an einen anderen Richter abgeben kann, wenn es sich herausstellt, daß letzterer der örtlich zuständige ist, und es ist dem örtlich zuständigen Richter, an welchen die Sache weiter gegeben wird, zwar nicht verwehrt, über etwaige, bezüglich des Rechtshilfeersuchens bestehende Zweifel sich mit dem Richter, welchem Rechtshilfe geleistet werden soll, ins Einvernehmen zu setzen, aber er ist nicht befugt, aus andern als den in § 159 des R.G.V.G. bezeichneten Gründen das, wenn auch nur im Wege der Weiterübertragung an ihn gelangte Rechtshilfeersuchen abzulehnen.

Hienach und da der zweite Fall in Absatz 2 des mehrgedachten § 159 nicht in Frage kommt, hat das Amtsgericht S. mit Unrecht das seitens des Amtsgerichts W. an dasselbe gelangte Rechtshilfeersuchen abgelehnt, was demselben auf Grund des § 160 des R.G.V.G. zur Nachachtung hiedurch zu erkennen gegeben wird.

13.

Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Vornahme von Verhören mit verhafteten Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.

Beschluß vom 2. März 1887 in U.S. gegen K. H. von H. wegen Kindestötung (Num. 55).

In einem von der K. Staatsanwaltschaft — im Beschwerdeweg angefochtenen Erlaß der Strafkammer des K. Landgerichts — war das K. Amtsgericht — angewiesen worden, Anträge, welche seitens der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gegen verhaftete Beschuldigte auf Vorführung derselben vor die Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Vornahme von Verhören mit ihnen ergehen, abzulehnen. — Hierüber sprach sich der Strafsenat am 2. März 1887 in seiner Entscheidung über die erhobene Beschwerde, wie folgt, aus:

Weiter beschwert sich die Staatsanwaltschaft wider die von der Strafkammer an das Amtsgericht — erlassene Verfügung, durch welche dasselbe angewiesen wird, wenn in Zukunft wieder von der Staatsanwaltschaft das Ansinnen gestellt werden sollte, ihr eine verhaftete und im amtsgerichtlichen Gefängnis verwahrte Person vorführen oder gar zuliefern zu lassen, zunächst zu prüfen und nötigenfalls zu erheben, zu welchem Zweck die Vorführung geschehen solle, und, falls von Seiten der Staatsanwaltschaft die Vornahme eines Verhörs beabsichtigt werde, die Vorführung zu diesem Zwecke unter Hinweisung auf § 160 der St.P.O. zu verweigern. Die Strafkammer gründet diese Anordnung darauf, daß die Vornahme förmlicher Verhöre der Beschuldigten eine richterliche

Untersuchungshandlung sei, deren Vornahme nicht dem Staatsanwalt selbst zustehe, sondern von ihm nur durch Anträge bei dem Amtsrichter im Wege des § 160 der St.P.O. erreicht werden könne. Diese Ansicht stützt sich ohne Zweifel auf eine entsprechende in der 48. Sitzung der Justizkommission des Reichstags von einem Regierungsvertreter gethane Aeußerung (Hahn, Materialien zur St.P.O. Bd. I. S. 702); allein diese Aeußerung kann, auch abgesehen von ihrer Unbestimmtheit, sowie davon, daß sie nur bei Beratung des § 133 der St.P.O. (§ 120 des Entwurfs), also nicht mit Beziehung auf die Regelung der Grenzen der staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsbefugnis, erfolgt ist, zur Rechtfertigung der getroffenen Verfügung darum nicht dienen, weil die ihr zu Grund liegende Anschauung einen Ausdruck im Gesetz nicht gefunden hat, dessen Inhalt ihr sogar widerspricht. Der § 159 der St.P.O. räumt der Staatsanwaltschaft das Recht ein, zur Erforschung des Sachverhalts behufs ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben sei, Ermittelungen jeder Art, mit Ausschluß eidlicher Vernehmungen, entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden oder Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes vornehmen zu lassen; und der § 160 bestimmt, daß, wenn die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich erachte, sie ihre Anträge bei dem Amtsrichter des Bezirks stelle, in welchem diese Verhandlung vorzunehmen ist, und daß dann der Amtsrichter zu prüfen habe, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist. Demgemäß gestattet das Gesetz der Staatsanwaltschaft ohne irgend welche Einschränkung, zur Vorbereitung der öffentlichen Klage, bezw. behufs Ermöglichung ihrer Entschließung darüber, ob eine solche zu erheben sei, Beschuldigte selbst zu vernehmen, und gibt es in diesem von ihr allein geleiteten Verfahren ihrem Ermessen anheim, ob — etwa mit Rücksicht auf die in der Folge zu erlassenden richterlichen Entscheidungen über die Eröffnung der Untersuchung oder auf die Bestimmungen der §§ 253 und 250 der St.P.O. — eine

richterliche Vernehmung eines Beschuldigten oder Mitbeschuldigten erforderlich erscheine, sowie ob eine weitere Vernehmung des Beschuldigten dem Geiste des Gesetzes nicht widerspreche. Weil somit eine von der Staatsanwaltschaft im vorbereitenden Verfahren bei einem Amtsgericht beantragte Vorführung oder Zulieferung eines verhafteten und im Gefängnis desselben verwahrten Beschuldigten behufs dessen Vernehmung um dieses Zweckes willen nicht als eine gesetzlich unzulässige Handlung gelten kann, so wird die angefochtene Verfügung hiemit aufgehoben und die Strafkammer angewiesen, hievon dem Amtsgericht — in angemessener Weise Kenntnis zu geben.

14.

§ 170 der St.P.O. Einhaltung des Instanzenzugs. Nachweis der Bevollmächtigung zur Beschwerdeerhebung, beziehungsweise zur Stellung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung.

a. Beschluß vom 14. März 1883 in S.P.V. von St. gegen W. W. von da wegen Freiheitsberaubung (Anm. 80.)

Den von dem Rechtsanwalt R. gestellten Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage gegen W. W. von St. wegen Freiheitsberaubung hatte die K. Staatsanwaltschaft St. und im Beschwerdeweg die K. Oberstaatsanwaltschaft abgelehnt, worauf Rechtsanwalt R. unter Anschluß einer (nach dem Bescheid der Oberstaatsanwaltschaft ausgestellten) Vollmacht der Verletzten den Antrag auf gerichtliche Entscheidung stellte. Die Fristen des § 170 Abs. 1 der St.P.O. waren eingehalten, der Oberstaatsanwaltschaft gegenüber jedoch der Nachweis eines Auftrags zur Beschwerdeerhebung nicht erbracht worden. Der Strafsenat verwarf den Antrag als unzulässig mit der Begründung:

Da jedoch der erwähnte Bescheid (der Oberstaatsanwalt-

schaft) bei dem Mangel einer Vollmacht der Verletzten zur Erhebung der bezüglichen Beschwerde — auf welchen Mangel derselbe ausdrücklich hinweist — als ein nach Maßgabe des § 170 Abs. 1 der St.P.O. ergangener Bescheid des vorgesetzten Beamten der Staatsanwaltschaft sich nicht darstellt, und da auch nach der Bekanntmachung desselben eine entsprechende Beschwerde der Verletzten gegen den Bescheid der Staatsanwaltschaft St. innerhalb der gesetzlichen Frist bei der Oberstaatsanwaltschaft nicht eingelegt worden ist, so steht gemäß der angeführten Gesetzesbestimmung der Verletzten ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht zu.

b. Beschluß vom 6. Okt. 1886 in S. M. L. von R. gegen J. F. und Gen. von da wegen Meineids (Num. 266).

Der Antrag wurde aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Rechtsanwalt W. in — hat in einer am 14. Sept. d. J. bei dem Feriensenat des K. Oberlandesgerichts als Strafsenat eingereichten Eingabe Erhebung öffentlicher Klage wegen Meineids gegen J. F., M. B., K. H. und K. W. von R. beantragt. Hinsichtlich des K. W. war ein Antrag auf Erhebung der öffentlichen Klage nur bei der Oberstaatsanwaltschaft gestellt worden; es ist daher nach § 170 Abs. 1, verglichen mit § 169 der St.P.O., schon deshalb ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht statthaft. Bezüglich der drei andern Beschuldigten aber erscheint der gestellte Antrag darum als unzulässig, weil die Ermächtigung zur Stellung desselben von Seiten der Verletzten nicht innerhalb der für Anbringung eines solchen Antrags vom Gesetz bestimmten Frist dem für die Entscheidung zuständigen Gericht nachgewiesen worden ist. Es kommt nämlich diesfalls in Betracht, daß dem bloß von dem Rechtsanwalt unterzeichneten Antrag eine Vollmacht nicht beigelegt war, und daß die einmonatliche Frist zur Stellung des Antrags, die am 18. Aug. d. J., als dem Tage, an welchem dem von der angeblich Verletzten M. L. in R. unter dem 12. Juni d. J. in der Anzeigesache gegen die drei zuerst

genannten Beschuldigten zu ihrem Vertreter und Verteidiger bestellten Rechtsanwalt W. der ablehnende Bescheid der Oberstaatsanwaltschaft bekannt gemacht wurde, begonnen hatte, bereits abgelaufen war, als aus den am 30. Sept. an den Straffenat gelangten Akten der staatsanwaltschaftlichen Behörden die Ermächtigung des Rechtsanwalts W. zur Stellung des Antrags entnommen werden konnte [1]).

15.

Zur Auslegung des deutsch-englischen Auslieferungsvertrags. Vorläufige Haft im Auslieferungsverfahren. Anwendung der Normen der Strafprozeß-Ordnung.

Der deutsch-englische Auslieferungs-Vertrag vom 14. Mai 1872 normiert die Mitwirkung der Gerichte erst von dem Zeitpunkte an, wo der formelle Antrag auf Auslieferung gestellt ist. Als Voraussetzung des Verfahrens wird in Art. VIII des Vertrags festgesetzt, daß ein Antrag auf Auslieferung im diplomatischen Wege gestellt und daß zugleich ein Haftbefehl von Seite der zuständigen Behörde des die Auslieferung begehrenden Staates, sowie solche Beweise beigebracht werden,

---

1) Der Schriftsatz des Rechtsanwalts W., in welchem der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wurde, hatte auf die früher der Staatsanwaltschaft vorgelegte Vollmacht lediglich keinen Bezug genommen. In einer andern, bei dem Strafsenat anhängig gewesenen Sache — Antrag des J. H. von R. auf gerichtliche Entscheidung in betreff der von ihm beantragten Erhebung der öffentlichen Klage gegen F. P. von R. wegen Körperverletzung — war zwar dem an den Strafsenat gestellten Antrag Vollmacht für den ihn einreichenden Rechtsanwalt nicht angeschlossen, der Schriftsatz berief sich aber ausdrücklich auf eine bei den Akten der Oberstaatsanwaltschaft liegende (genügende) Vollmacht und deshalb wurde die Legitimation des Rechtsanwalts nicht beanstandet, obwohl die Akten der Oberstaatsanwaltschaft (mit der Vollmacht) dem Strafsenat auf sein Ersuchen erst nach der in § 170 Abs. 1 der St.P.O. für die Antragstellung vorgesehenen Frist mitgeteilt wurden.
(Beschluß vom 4. Mai 1887. Num. 108.) A. d. E.

welche auch in dem ersuchten Staate eine Verhaftung rechtfertigen würden. Erst wenn diese Bedingungen erfüllt sind, wenn — wie der Vertrag besagt — „das Auslieferungsgesuch nach den vorstehenden Bestimmungen begründet ist", sollen nach Art. IX. die Behörden des ersuchten Staates zur Festnahme schreiten; der Ergriffene soll sodann vor den gesetzlich berufenen richterlichen Beamten gebracht werden, welcher ihn ebenso, wie wenn es sich um ein im Inland begangenes Delikt handeln würde, zu verhören und den Straffall zu untersuchen hat. Die folgenden Art. X und XI normieren demnächst das weitere Verfahren bis zu endgiltiger Entschließung über die Auslieferung; auch diese Bestimmungen beziehen sich erst auf das Stadium nach Stellung des Auslieferungsantrages, indem sie eine nach Art. IX stattgehabte Ergreifung voraussetzen, welche ihrerseits wieder die Erfüllung der in Art. VIII vorgesehenen Bedingungen zur Voraussetzung hat.

Aus dem Angeführten ergibt sich, daß eine positive Norm über das Verfahren vor Stellung des formellen Auslieferungs-Vertrags in dem Vertrage nicht gegeben ist. Diese Lücke ist insofern auffällig, als in anderen Auslieferungsverträgen, welche das deutsche Reich mit auswärtigen Staaten abgeschlossen hat, ausdrückliche Bestimmungen über das in dringenden Fällen einzuhaltende vorläufige Verfahren und speziell über vorläufige Festnahme getroffen sind. (Vertrag mit der Schweiz vom 24. Januar 1874, Art. 8. Vertrag mit Luxemburg vom 9. März 1876, Art. 9. Vertrag mit Schweden vom 19. Januar 1878, Art. 9.) Andererseits kann jene Lücke nicht ohne weiteres den Schluß rechtfertigen, daß vor dem mehrerwähnten Zeitpunkt eine vorläufige Festnahme überhaupt ausgeschlossen werden wollte. Fest steht nur soviel, daß die vertragschließenden Teile sich in ihrem vertragsmäßigen Verhältnis zu einander diese Maßregel nicht zur Pflicht gemacht haben; dagegen ist entschieden anzunehmen, daß diese Maßregel, welche ja in allen Fällen, wo Gefahr auf dem Verzug haftet, die einzige Möglichkeit zur Sicherstellung der künftigen Auslieferung bietet, an sich durchaus der Intention des Vertrages entspricht und

sich als natürliche Konsequenz desselben darstellt. In Wirklichkeit wird denn auch die vorläufige Haft in beiden Staaten schon vor dem förmlichen Auslieferungsantrag bei Gefahr im Verzug vollzogen (vgl. Gerichtsblatt Band X S. 161 f.). Im Einzelnen werden sich allerdings in Beziehung auf die Voraussetzungen und die rechtliche Natur einer solchen Haft mannigfache Zweifel und Bedenken erheben; und dürfte es daher interessieren, eine hierauf bezügliche Entscheidung des Oberlandesgerichts aus Nachstehendem kennen zu lernen.

Am 27. November 1885 gelangte an die K. Staatsanwaltschaft Stuttgart die telegraphische Mitteilung der Staatsanwaltschaft Heidelberg, daß der englische Unterthan G. Eg. aus Adelaide (Südaustralien), welcher von der englischen Botschaft in Berlin wegen Unterschlagung verfolgt werde, sich in Stuttgart aufhalte. Zugleich wurde um sofortige Einleitung der Fahndung gebeten, ohne daß übrigens Beweisstücke oder ein Haftbefehl des englischen Richters beigebracht waren.

Die Staatsanwaltschaft entsprach dem Ansinnen, und es gelang dem mit der Fahndung beauftragten Polizeibeamten, den Verfolgten noch an demselben Tage festzunehmen. Dem K. Amtsgericht Stuttgart vorgeführt, protestierte Eg. gegen seine Auslieferung wie auch gegen die Beschuldigung der Unterschlagung; er gab nur zu, daß er Australien mit Hinterlassung von Schulden und ohne Vorwissen seiner Gläubiger verlassen habe. Der Amtsrichter beschloß am 28. November, gegen den Festgenommenen, welcher verdächtig erscheine, nach erfolgter Zahlungseinstellung Vermögensstücke in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, bei Seite geschafft zu haben, Haftbefehl zu erlassen. In der Folge wurde sodann die Haftfrist gemäß § 126 St.P.O. auf Antrag der Staatsanwaltschaft um eine Woche, und nach deren Ablauf um fernere zwei Wochen verlängert.

Inzwischen hatte der Verhaftete gegen den Haftbefehl Beschwerde eingelegt, welche im Wesentlichen auf den Mangel der Beibringung eines Haftbefehls des englisch-australischen Richters bezw. auf das Ausbleiben entsprechender Beweisdokumente für die erhobene Beschuldigung gegründet wurde.

Durch Beschluß der Strafkammer des K. Landgerichts Stuttgart vom 10. Dezember 1885 wurde die Beschwerde verworfen:

„in Erwägung, daß bei Gefahr auf dem Verzug die englischen Behörden vorläufige Festnahme vor dem Eintreffen der den Vollzug der Auslieferung begründenden Urkunden und vor Vornahme der weiter vorgeschriebenen gerichtlichen Akte als zulässig anerkennen, eine solche vorläufige Festnahme also durch den Auslieferungsvertrag nicht ausgeschlossen ist; daß auch nach deutschem Recht Untersuchungshandlungen bei Gefahr im Verzug von einem unzuständigen Gerichte vorgenommen werden können: St.P.O. § 21; daß nach Art. IX. des Vertrags ein gerichtliches Verfahren vorgeschrieben ist und die dasselbe vorbereitenden Maßregeln den gerichtlichen Behörden nicht entzogen sind; daß durch die gerichtliche Vernehmung des Beschuldigten hinreichender Verdacht sich ergeben hat, derselbe habe sich der strafbaren Handlung der Unterschlagung schuldig gemacht".

Infolge weiterer Beschwerde des Verhafteten, welcher wiederholt die sofortige Freilassung beantragte, gelangte die Sache zur Entscheidung des Oberlandesgerichts. Zu bemerken ist, daß vor der Entscheidung seitens der K. Oberstaatsanwaltschaft ein von dem Polizei-Gerichtshofe in der Bow-Street zu London erlassener Haftbefehl gegen Eg. vorgelegt und die Beibringung der aus Süd-Australien beizuschaffenden Beweis-Dokumente in Aussicht gestellt wurde. Auch wurde beantragt, eine ausdrückliche Entscheidung darüber zu treffen, ob die Wirksamkeit des in Württemberg erlassenen Haftbefehls sich nach den Bestimmungen des § 126 St.P.O. oder nicht vielmehr nach der in Art. XII des erwähnten Staatsvertrags gegebenen Bestimmung einer Frist von zwei Monaten zu richten habe.

Durch Beschluß des Strafsenats des Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 1885 wurde die Beschwerde verworfen. Die Gründe besagen:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob unter den thatsächlichen Voraussetzungen, wie sie zur Zeit der Erlassung des amtsge-

richtlichen Haftbefehls bezw. des Beschlusses der Strafkammer vom 10. Dezember bestanden, die Verhängung der gerichtlichen Haft gegen den Beschwerdeführer gesetzlich begründet war. — Jedenfalls sind zur Zeit alle Voraussetzungen nachgewiesen, unter welchen kraft des Staatsvertrags vom 14. Mai 1872 die Festhaltung einer Person, deren Auslieferung begehrt wird, zugelassen ist.

Der in Art. VIII Abs. 1 des Vertrags vorgesehene formelle Antrag auf Auslieferung ist nunmehr von der K. Großbritannischen Botschaft in Berlin gestellt, wie dies in der vorliegenden Mitteilung des auswärtigen Amts zu Berlin bezeugt ist. Auch ist der in Abs. 2 des cit. Artikels erforderte Haftbefehl der zuständigen Behörde des die Auslieferung begehrenden Staates nunmehr beigebracht, nachdem inzwischen der von dem Polizeigerichtshof in Bow-Street zu London gegen den Beschwerdeführer ergangene Haftbefehl vom 9. November vorgelegt worden ist. Dieser Haftbefehl ist nun zwar nicht von dem zur Untersuchung und Aburteilung des hier in Rede stehenden Vergehens zuständigen australischen Richter erlassen; aber immerhin von einem Gerichte des die Auslieferung begehrenden Staates, dessen Zuständigkeit umsoweniger zu bezweifeln ist, als die Legalität und Kompetenzmäßigkeit eines derartigen, durch Vermittlung der großbritannischen Botschaft und des auswärtigen Amtes an das Württembergische Gericht gebrachten richterlichen Aktes mit Grund vorausgesetzt werden darf. — Wenn endlich in Art. VIII außerdem noch die Beibringung solcher Beweise erfordert wird, welche auch nach den einheimischen Gesetzen die Verhaftung rechtfertigen würden, so erscheint auch dieses Erfordernis angesichts der Umstände, unter welchen der Beschwerdeführer nach seiner eigenen Einräumung heimlich aus Australien entwichen ist, im Hinblick ferner auf die von seiner Heimatbehörde eingeleitete sofortige Verfolgung und auf den Haftbefehl des Gerichtshofes zu London sowie in betracht des Umstandes, daß der Beschwerdeführer inzwischen sich veranlaßt sah, einen falschen Namen sich beizulegen, als gewahrt.

Das Auslieferungsgesuch ist hienach genügend begründet, um gemäß Art. IX des Vertrags die Festnahme und ebendamit auch die Festhaltung des Beschwerdeführers zu rechtfertigen. Die Zuständigkeit des Gerichtes zur Verfügung und Aufrechterhaltung der Haft ist speziell durch Abs. 2 des Art. IX festgesetzt, welcher das zwischen der Ergreifung des Flüchtigen und der endgültigen Entscheidung über das Auslieferungsbegehren liegende Zwischenverfahren der Mitwirkung des Richters unterstellt.

Demzufolge war die Aufrechterhaltung des angefochtenen Haftbefehls als begründet zu erkennen und dabei noch ausdrücklich auszusprechen, daß die Fortdauer dieser Haft sich nicht nach der Bestimmung des § 126 St.P.O. zu richten hat. Denn diese Bestimmung ist nur auf das die Erhebung der öffentlichen Klage vorbereitende Verfahren, welches die Anwendung des inländischen Strafgesetzes durch den inländischen Richter bezweckt, anwendbar. Die Uebertragung dieser prozessualischen Norm auf das Auslieferungsverfahren ist bei der grundsätzlich verschiedenen Natur dieser beiden Prozedur-Arten ausgeschlossen. Die Fortdauer der hier in Rede stehenden Haft wird vielmehr ausschließlich durch Art. XII des Vertrags bestimmt und begrenzt.

Nach dem Ausgeführten war die Beschwerde als unbegründet zu verwerfen und gemäß § 505 St.P.O. dem Beschwerdeführer die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen."

II.

Reichsgerichtliche Entscheidungen.

In Strafsachen.

1.

Kann auf Grund des Art. 11, letzter Absatz, des württembergischen Gesetzes vom 19. Sept. 1852, betreffend die Steuer

von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, ein Strafverfahren stattfinden?

Die oben bezeichnete Frage hat der I. Straffenat des Reichsgerichts in einem Urteil vom 19. April 1888 verneinend entschieden. In diesem Urteil wurde erkannt, daß auf die Revision des Gipsers F. G. in W. und des Eisenbahnkondukteurs L. G. in T. das Urteil der Strafkammer des K. W. L. G. zu H. vom 11. Nov. 1887 aufzuheben, das Strafverfahren als unzuläſſig einzustellen und der K. württ. Staatskasse die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen seien.

Die Gründe des reichsgerichtlichen Urteils lauten dahin:

Das Königl. Steuerkollegium zu Stuttgart hat „auf grund „einer von dem Königl. Kameralamt O. gegen die Hinterlassen„schaft des verstorbenen Bäckers F. R. in O. wegen Kapital„steuergefährdung geführten Untersuchung" am 15. April 1887 „einen Strafbescheid dahin erlassen, „daß die Hinterlassen„schaft des verstorbenen F. R. wegen der von dem Beschul„digten in den Jahren 1852 bis 1882 fortgesetzt verübten Ge„fährdung der Kapitalsteuer im Betrage von 1214 ℳ 90 ₰ „für den Staat und 259 ℳ 48 ₰ für die Amtskörperschaft „und Gemeinde in Anwendung des Art. 11 Absatz 1 und Ar„tikels 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. September 1852, be„treffend die Steuer vom Kapital-, Renten-, Dienst- und Be„rufseinkommen, und Art. 5 des Gesetzes vom 15. Juni 1853, „betreffend die Besteuerung des Einkommens von Kapitalien ꝛc. „für die Zwecke der Amtskörperschaften und Gemeinden, in „die Geldstrafe des zehnfachen Betrags der hinterzogenen „Steuern mit 12 149 ℳ für den Staat und 2594 ℳ 80 ₰ „für die Korporation verfällt und zum Ersatz der Untersuchungs„kosten verpflichtet sein solle." Aus der Begründung des Strafbescheids ist ersichtlich, daß der Bäcker F. R. am 22. Dez. 1883 ohne Hinterlassung von Kindern gestorben und auf grund seines Testaments von seiner Wittwe, Amalie R., als Universalerbin beerbt worden ist, daß sodann auch die Letztere am 25. September 1884 gestorben ist, nachdem sie in dem von ihr

errichteteten Testamente die drei Söhne ihres verstorbenen Bruders, nämlich den Bäcker H. G. in P. in Nordamerika, den Gipser F. G. in W. und den Eisenbahnkondukteur L. G. in T. zu Erben eingesetzt hatte, daß sodann diese Erben die Erbschaft angetreten haben und daß nun erst die von dem verstorbenen F. R. in den Jahren 1852—1882 fortgesetzt durch unrichtige Fassion seines Kapitaleinkommens verübte Kapitalsteuergefährdung in dem oben bezeichneten Betrage bekannt geworden ist, worauf die erwähnte Untersuchung von dem Kameralamt O. eingeleitet wurde.

Der Strafbescheid des Königl. Steuerkolleginms ist den bezeichneten drei Erben der Wittwe des Defraudanten R. zugestellt worden. Dieselben haben die gerichtliche Entscheidung beantragt.

Die Hauptverhandlung der Strafkammer des Landgerichts zu H. ist auf den 11. Nov. 1887 anberaumt worden. Die drei genannten Erben wurden „in ihrer Strafsache als Erben des F. R." vorgeladen. Die Erben F. G. und L. G. sind in der Hauptverhandlung mit ihrem „Verteidiger", Rechtsanwalt R., erschienen. Der in Amerika wohnende Erbe H. G. erschien nicht und die Zustellung der Ladung an denselben war noch nicht eingekommen. Das Gericht beschloß daher, „heute nur gegen F. G. und L. G. zu verhandeln, dagegen die Verhandlung gegen H. G. bis auf Weiteres ruhen zu lassen".

In der Hauptverhandlung wurden sodann, wie aus dem Sitzungsprotokoll erhellt, nach Verlesung des Strafbescheids und nach dem Aufruf der Zeugen „die erschienenen Erben F. G. und L. G. vernommen". Nach der Beweisaufnahme und nachdem der Staatsanwalt, sowie der Vertreter der als Nebenklägerin zugelassenen Steuerbehörde ihre Schlußanträge gestellt hatten, „überließen die Erben ihre Verteidigung dem Rechtsanwalt R., welcher die Aufhebung des Strafbescheids und Freisprechung der Erben von Strafe beantragte." „Die Erben hatten das letzte Wort und erklärten nichts Weiteres". Durch das landgerichtliche Urteil wurde sodann „in der Strafsache „gegen den am 22. Dez. 1883 verstorbenen Bäcker

„F. R. von O. zu Recht erkannt: daß der verstorbene
„F. R. wegen Kapitalsteuergefährdung zu der Geldstrafe von
„12 148 M für den Staat und 2594 M 80 ₰ für die Amts-
„körperschaft und die Gemeinde zu verurteilen und zur Tra-
gung der Kosten des Verfahrens zu verpflichten sei."

In der Begründung des Urteils wurde außer den oben erwähnten, in dem Strafbescheide des königl. Steuerkollegiums konstatierten Thatsachen festgestellt, daß zwar bei F. R. 2—3 Jahre vor seinem Tode ein Zustand geistiger Schwäche bemerkbar, daß aber seine freie Willensbestimmung nicht ausgeschlossen gewesen und daß erwiesen sei, R. habe die fortgesetzte Steuergefährdung wissentlich begangen, daß ferner die Verjährung des Delikts, weil durch eine gerichtliche Beschlagnahme von Schriftstücken unterbrochen, nicht eingetreten sei und daß der von einem späteren Gesetze vom 13. Juni 1883 zugelassene Strafbefreiungsgrund einer rechtzeitigen Nachfassion von Seiten der Erben des Defraudanten vorliegend nicht zutreffe. — Im Uebrigen ist von der Vorinstanz noch folgendes ausgeführt worden: „Die Verteidigung macht geltend, die Anklage sei hin-
„fällig, weil sie gegen die Verlassenschaft des F. R., also gegen
„dessen Erbin Amalie R. sich richte, diese aber nicht mehr am
„Leben sei; eine Strafverfolgung wegen der von F. R. an-
„geblich verübten Steuergefährdung sei überhaupt nicht mehr
„zulässig, nachdem die Erbin desselben gestorben sei. Allein die
„Anklage richtet sich in Wirklichkeit nicht gegen die Amalie R.,
„sondern gegen den verstorbenen F. R. und wenn die Hinter-
„lassenschaft desselben genannt ist, so ist dies offenbar
„nur deswegen geschehen, weil die zu erkennende Strafe von
„dem Nachlaß des F. R. zu tragen ist; dieselbe Bezeichnung
„könnte gewählt sein, wenn Erben gar nicht vorhanden wären,
„oder wenn die Erbin den Erbschaftsantritt verweigert hätte.
„Daß die Erbin dessen, der die Steuergefährdung verübt hat,
„gestorben ist, kann die Straffestsetzung nicht hindern, da
„nach dem Gesetz, Art. 11 letzter Absatz, die Strafe schlecht-
„weg stattfindet, auch wenn der Schuldige gestorben ist, wonach
„anzunehmen ist, daß das Gesetz die Strafe als eine auf dem

„Nachlaß des Verstorbenen ruhende Schuld betrachtet, welche, „wie die andern Schulden desselben, auf dessen Erben und „von diesen auf deren Erben übergeht."

Das landgerichtliche Urteil ist dem F. G. und L. G., nachdem deren „Verteidiger" R. die Revision eingelegt hatte, zugestellt worden.

In der Revisionsschrift wird geltend gemacht: das Urteil richte sich gegen einen andern Beschuldigten, als der Strafbescheid, nämlich gegen den Verstorbenen selbst und nicht gegen die Hinterlassenschaft desselben; ein Verstorbener aber könne strafrechtlich nicht mehr verfolgt werden; auch die strafrechtliche Verfolgung einer Hinterlassenschaft, „wenn nicht etwa hereditas jacens sei", und zumal, wenn der Alleinerbe des Thäters selbst wieder gestorben und beerbt worden, sei nicht möglich; es würde übrigens mit der Verurteilung des verstorbenen F. R. nunmehr im Effekt auch der dritte Erbe, H. G. in Amerika, zur Zahlung verpflichtet, obwohl gegen ihn gerichtlich noch gar nicht verhandelt sei; es sei endlich von der Vorinstanz auch der Einwand der Verjährung unrichtig beurteilt worden, — „dies seien Verletzungen allgemeiner Rechtsnormen über das Verfahren; eventuell sei darin unrichtige Anwendung des Strafgesetzes enthalten."

Die Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung über die Revision ist dadurch begründet, daß nicht bloß unrichtige Anwendung württembergischer materieller Rechtsnormen, sondern auch die Verletzung von Bestimmungen der Reichsstrafprozeßordnung gerügt wird.

Dem Rechtsmittel ist stattzugeben.

Das württemberg. Gesetz vom 19. Sept. 1852, betreffend die Steuer vom Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, schreibt in Art. 1, II. a., die Besteuerung des Ertrags aus verzinslichen, eigentümlichen oder nutznießlichen Kapitalien rc. vor. Nach Art. 7 hat jeder Steuerpflichtige nach der alljährlich am Anfange des Steuerjahrs zu erlassenden öffentlichen Aufforderung innerhalb der in der letzteren bestimmten Frist bei der in der Aufforderung bezeichneten Be-

hörde den Ertrag seiner Kapitalien ꝛc. zu fatieren. Die Art. 11 und ff. tragen die Aufschrift „Strafbestimmungen.“ Nach Art. 11, Abs. 1 hat derjenige, welcher ein der Besteuerung unterliegendes Einkommen ganz oder teilweise verschweigt, wegen Steuergefährdung als Strafe den zehnfachen Betrag der verkürzten Steuer verwirkt und daneben die letztere nachzuholen. Nach Abs. 3 ist die Steuergefährdung im Fall unvollständiger oder unrichtiger Fassion mit Ablage der schriftlichen oder mündlichen Erklärung an die Aufnahmebehörde, bei gänzlicher Unterlassung aber mit dem Ablaufe des Steuerjahres vollendet.

Der Absatz 4 bestimmt: „Die Steuernachholung und Strafe finden auch dann statt, wenn die Thatsache, durch welche sie begründet werden, erst nach dem Tode des Schuldigen bekannt wird.“

Das württembergische Gesetz vom 15. Juni 1853, betr. die Besteuerung des Einkommens von Kapitalien ꝛc. für die Zwecke der Amtskörperschaften und Gemeinden, unterwirft das Kapital- ꝛc. Einkommen auch einer Besteuerung für die Zwecke jener Korporationen; im Uebrigen kommen jedoch die Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 zur Anwendung. Es ist endlich in dem einzigen Artikel des württemb. Gesetzes vom 13. Juni 1883, betreffend Abänderungen des Gesetzes über die Steuer von Kapital- ꝛc. Einkommen, folgendes bestimmt (in Abs. 1): „Wird im Falle des Abs. 1 des Art. 11 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 nachgewiesen, daß eine Steuergefährdung nicht habe verübt werden können oder nicht beabsichtigt gewesen sei, so tritt neben der Nachholung der etwa angefallenen Abgabe anstatt der dort bestimmten Strafe nur eine Ordnungsstrafe bis zu 300 ℳ ein.“ (Abs. 2): „Die Verfehlung (Abs. 1 des Art. 11 des Gesetzes vom 19. September 1852 und Abs. 1 des gegenwärtigen Gesetzes) ist jedoch straffrei zu lassen, wenn von dem Steuerpflichtigen oder Fassionspflichtigen oder nach dem Tode des Schuldigen von Seite eines Erben, bevor eine Anzeige der Verfehlung bei der Behörde gemacht wurde oder ein strafrechtliches Einschreiten er-

folgte, die unterlassene oder zu nieder abgegebene Erklärung (Fassion) bei einer Aufnahmebehörde oder einer dieser vorgesetzten Steuerbehörde nachgetragen oder berichtigt und hiedurch die Nachforderung der sämtlichen nicht verjährten Steuerbeträge ermöglicht wird."

Aus den vorstehenden Bestimmungen der württemb. Steuergesetzgebung muß entnommen werden, daß in dem Falle, wenn eine Kapitalsteuergefährdung erst nach dem Tode des Schuldigen bekannt wird, eine selbständige strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben des Delinquenten für die Handlung des Letzteren, abgesehen von Fällen der Teilnahme der Erben an dem Delikt, nicht bestimmt werden wollte und nicht bestimmt worden ist. Das Gesetz vom 19. Sept. 1852 spricht überhaupt nicht von Erben, sondern bloß von dem verstorbenen „Schuldigen" und geht — wie vorliegend auch das angefochtene Urteil angenommen hat — davon aus, daß bei der Frage, ob eine wissentliche Steuerhinterziehung anzunehmen und daher die Legalstrafe anzusetzen oder ob nur eine Ordnungsstrafe als verwirkt zu erachten sei, nur die Person des verstorbenen Delinquenten in Betracht zu kommen habe. Würde es sich um eine selbständige strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben handeln, so müßte, abgesehen von den Fällen der Teilnahme derselben an dem Delikte, stets auf die Ordnungsstrafe erkannt werden. Ueberdies geht aus dem Artikel 11 des Gesetzes von 1852 der Wille des Gesetzgebers hervor, daß die betreffende Bestimmung auch in dem Falle zur Anwendung kommen soll, wenn die berufenen Erben des Delinquenten die Erbschaft ausgeschlagen haben, wenn etwa nur Gläubiger an dem Nachlaß interessiert sind.

In dem Gesetze vom 13. Juni 1883 ist zwar von den „Erben des Schuldigen" die Rede, allein nur in der Richtung, daß die Verfehlung des verstorbenen Schuldigen im Falle einer rechtzeitigen und vollständigen Nachfassion der Erben straflos zu belassen sei.

Es muß hienach angenommen werden, daß sich die Strafbestimmung des Art. 11 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4

des Gesetzes von 1852 in dem Falle, wenn eine Kapital- ꝛc. Steuergefährdung erst nach dem Tode des Delinquenten bekannt wird, nur gegen den Verstorbenen selbst, beziehungsweise seinen Nachlaß richtet, an welch' letzterem allerdings die Erben in civilrechtlicher Beziehung beteiligt sind; es soll also die Steuerstrafe auch nach dem Tode des Schuldigen gegen denselben in gleicher Weise wie in dem Fall, wenn er noch am Leben wäre, erkannt und gegen seinen Nachlaß vollstreckt werden.

Für diese Auslegung der in Frage stehenden gesetzlichen Bestimmungen spricht auch die Entstehungsgeschichte derselben, insbesondere die Motivierung des Entwurfs zu dem Gesetze vom 19. Sept. 1852 [1]), sowie die Begründung des Entwurfs zu dem Gesetze vom 13. Juni 1883, ferner der Bericht der Kommission der Abgeordnetenkammer über den letzteren Entwurf und der Verlauf der diesfallsigen Verhandlungen im Plenum der Abgeordnetenkammer [2])

Während der letzteren Verhandlungen war von einem Abgeordneten, unter Hinweisung auf eine Bestimmung des badischen Steuerrechts, ein Antrag gestellt worden, welcher bezweckte, eine selbständige strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben eines Kapital- ꝛc. Steuerdefraudanten zu konstruieren. Dieser Antrag, welcher dahin ging, statt der Bestimmung im Abs. 4 des Art. 11 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852 folgende Vorschrift zu erteilen: „Die Erben sind wegen einer von ihrem Erblasser verübten, erst nach dessen Tod bekannt gewordenen Steuerhinterziehung alsdann, wie dieser selbst, strafbar, wenn sie nicht binnen 30 Tagen, vom Erbschaftsanfall an gerechnet, eine richtige Anzeige bei der Aufnahme- oder Bezirkssteuerbehörde erstatten", ist abgelehnt worden. [3])

---

1) Vergl. Verhandlungen der zweiten Verfassungsberatenden Versammlung in Württemberg von 1850, I. Beilagenband S. 202, 208.

2) Vergl. württemberg. Kammerverhandlungen von 1883/84. I. Beilagenband, 1. Abteilung, Seite 30, 160, II. Protokollband, S. 968 ff.

3) Württemb. Kammerverhandlungen l. c. I. Beilagenband, S. 162, II. Protokollband, S. 992.

Wenn man nun auch davon ausgeht, daß die von den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen des Reichsstrafgesetzbuchs abweichende, namentlich der von dem letzteren in § 30 erteilten Vorschrift widersprechende Anordnung des Württemb. Steuerrechts hinsichtlich der Bestrafung eines Verstorbenen oder eines Nachlasses im Hinblick auf § 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche in materieller Richtung nicht zu beanstanden wäre, so fehlt doch eine prozessuale Form, welche die Anwendung dieser materiellen Anordnung ermöglichen würde. Das Landesgesetz ist zwar ermächtigt, das Verfahren im Verwaltungswege bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle, insoweit nicht die §§ 459—463 der Strafprozeßordnung abändernde Bestimmungen treffen, zu regeln (Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung § 6, Ziff. 3), allein es geht schon aus § 459, Abs. 2 der Strafprozeßordnung hervor, daß ein Strafbescheid der Verwaltungsbehörde nur gegen einen „Beschuldigten", welchem die in jener Gesetzesstelle vorgeschriebene Eröffnung gemacht werden kann, also gegen einen lebenden Menschen erlassen werden darf. In dem Falle, wenn eine Steuerstrafsache zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung gelangt, greifen lediglich die Bestimmungen der Strafprozeßordnung Platz. (Einführnngsgesetz zur St.P.O. § 3, § 6, Abs. 1; St.P.O. §§ 460, 466.) Auch diese Bestimmungen setzen einen lebenden Beschuldigten voraus; gegen einen Verstorbenen oder gegen einen Nachlaß, eine Sachgesamtheit, kann nicht verfahren werden. Auch von der Vertretung eines Verstorbenen durch dessen Erben kann nur in civilrechtlicher Richtung, nicht aber in strafrechtlicher Beziehung die Rede sein. In den Fällen, in welchen nach der Strafprozeßordnung die Vertretung eines Beschuldigten zulässig ist (§§ 232, 233, 340, 418, 437), wird stets die Vertretung eines lebenden Beschuldigten vorausgesetzt.

Es ist nun zwar von der Nebenklage darauf hingewiesen worden, daß in den §§ 477 ff. der St.P.O über das sogen. objektive Strafverfahren eine die Anwendung der materiellen

Bestimmung des württemb. Steuerrechts ermöglichende prozessuale Form gefunden werden könne, allein dieser Ansicht vermochte das Revisionsgericht nicht beizutreten:

Jene Vorschriften der Strafprozeßordnung regeln das Verfahren hinsichtlich derjenigen Fälle, in welchen nach § 42 des Strafgesetzbuchs oder nach anderweiten gesetzlichen Bestimmungen auf Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung von Gegenständen selbständig erkannt werden kann. Nach § 5 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche gehört die Einziehung einzelner Gegenstände zu denjenigen Strafen, welche in Landesgesetzen angedroht werden können, und die Landesgesetzgebung ist innerhalb des ihr vorbehaltenen legislatorischen Gebiets auch nicht gehindert, zu verfügen, daß die Einziehung eines einzelnen Gegenstandes selbständig zu erfolgen habe, allein vorliegend kann es sich von der Einziehung eines einzelnen Gegenstandes, einer von vornherein individuell bestimmten körperlichen Sache überhaupt nicht handeln. Der Art. 11 des württemb. Gesetzes vom 19. Sept. 1852 hat in Abs. 1 und 4 ein von einer solchen Einziehung wesentlich verschiedenes Strafmittel, eine Geldstrafe angedroht, deren Art und Größe, je nachdem die Voraussetzungen einer Legal- oder einer Ordnungsstrafe vorliegen, nach dem Tode des Schuldigen erst festgesetzt werden soll, und deren Bezahlung in Geldstücken zu erfolgen hat, welche erst durch die Beitreibung individualisiert werden. Auch die Möglichkeit einer analogen Anwendung der §§ 477 ff. der St.P.O. auf den vorliegenden Fall mußte das Revisionsgericht verneinen.

Dem Ausgeführten zufolge kann die in Frage kommende materielle Bestimmung des württemb. Steuerrechts in einem Strafverfahren nicht in Anwendung gebracht werden.

Darüber, ob auf Grund jener Bestimmung die königl. württemb. Staatskasse berechtigt ist, diejenige Geldsumme, welche der Geldstrafe entspricht, in welche F. N. während seines Lebens wegen der von ihm begangenen Steuerhinterziehung hätte verurteilt werden können, gegen den Nachlaß desselben, bezw.

gegen die Erben der Erbin des R., im Wege des Civilprozesses geltend zu machen, ist hier nicht zu entscheiden.

Dagegen ist vorliegend noch die Frage zu prüfen, ob die zwei Erben der Amalie R., von welchen die Revision gegen das landgerichtliche Urteil angebracht worden, hiezu berechtigt waren. Es ist zwar von dem Instanzgericht nicht ausdrücklich ausgesprochen, von welchem rechtlichen Gesichtspunkte aus die Teilnahme der zwei Erben an dem Strafverfahren gegen den verstorbenen F. R. als zulässig erachtet worden ist, allein es muß doch aus den Beurkundungen des Sitzungsprotokolls und aus dem Inhalt des Urteils gefolgert werden, daß von dem Gerichte rechtsirrtümlich angenommen worden ist, die Erben der Erbin des verstorbenen Defraudanten R. seien für das von dem letzteren begangene Delikt strafrechtlich mit verantwortlich. Das Recht der Revision kann ihnen daher nicht versagt werden. Es wäre auch ein anderes Mittel, durch welches gegenüber dem unhaltbaren Urteil des Untergerichts der gesetzmäßige Zustand herbeigeführt werden könnte, nicht vorhanden.

Hienach war, indem die weiteren Rügen der Revision unerörtert bleiben konnten, das angefochtene Urteil aufzuheben und das Strafverfahren als unzulässig einzustellen. Es war nicht erforderlich, in dem Urteil des Revisionsgerichts ausdrücklich hervorzuheben, daß auch der Strafbescheid des königl. Steuerkollgiums in Wegfall gekommen sei, denn dieser Bescheid hat dadurch, daß die Sache zur gerichtlichen Entscheidung gelangt ist, von selbst seine Wirksamkeit verloren. Es genügte daher, das verurteilende Erkenntnis des Landgerichts aufzuheben und das Strafverfahren als unzulässig einzustellen.

2.

Findet § 271 des St.G.B. Anwendung, wenn ein Beschuldigter bei seiner Vernehmung vor der Strafbehörde sich einen falschen Namen beilegt und hiedurch herbeiführt, daß die über

seine Verurteilung an das Reichsjustizamt übersendete Strafnachricht auf jenen falschen Namen lautet?

Urt. d. I. Strfs. v. 17. Mai 1888 gegen K. A. G. Bz. von B.

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil der Strafkammer des königl. württemb. Landgerichts zu R. vom 10. März 1888 wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte hatte, als er von dem königl. Oberamte B. wegen Verdachts des Bettelns vernommen wurde, sich vor dieser Behörde als den Engelbert E. aus P. ausgegeben und ist hierauf unter diesem falschen Namen durch polizeiliche Strafverfügung jenes Oberamts wegen Bettelns bestraft worden. Es wurde sodann hierüber von dem Oberamte B. in Gemäßheit der Verordnung des Bundesrats vom 16. Juni 1882 eine auf den oben bezeichneten falschen Namen lautende Strafnachricht dem Reichsjustizamt übersendet. In der Handlung des Angeklagten fand das Instanzgericht den Thatbestand des § 360, Ziff. 8 des St.G.B., dagegen ist das Gericht der von der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung vorgetragenen Ansicht, daß die Handlung auch zugleich den Reat des § 271 des St.G.B. enthalte, nicht beigetreten. Gegen diese letztere Entscheidung richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft, indem sie geltend macht: die dem Angeklagten zur Last fallende Herbeiführung der unrichtigen Beurkundung in der dem Reichsjustizamt übersendeten Strafnachricht sei unter den § 271 des St.G.B. zu subsumieren, denn der Zweck einer solchen von der Behörde ausgestellten Strafnachricht gehe dahin, die Verurteilung derjenigen Person, deren Namen, Geburtsort rc. bezeichnet sei, zu beurkunden.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Die in Frage stehende Strafnachricht stellt sich lediglich als ein von dem königl. Oberamt B. beurkundeter Auszug aus der von dieser Behörde gegen Engelbert E. aus P. erlassenen polizeilichen Strafverfügung dar. Sie ist daher allerdings eine öffent-

liche Urkunde, allein sie konnte, eben deshalb, weil sie nur ein Auszug aus der Strafverfügung ist, nicht den Zweck haben, selbständig die Identität der als bestraft bezeichneten Person zu konstatieren, es sollte vielmehr nur die Thatsache beurkundet werden, daß die polizeiliche Strafverfügung gegen eine mit dem in der Strafnachricht angegebenen Namen bezeichnete Person ergangen sei; diese Beurkundung aber war thatsächlich richtig. (Vergl. auch Rechtspr. des R. G. in Straff. Bd. IX., S. 432 ff.) Nur darum könnte es sich handeln, ob nicht der Thatbestand des § 271 des St.G.B. insofern zutreffe, als der Angeklagte durch seine unwahren Angaben bewirkt hat, daß ihm in der gegen ihn erlassenen polizeilichen Strafverfügung ein ihm nicht zukommender Name ꝛc. beigelegt worden, allein auch diese Frage ist, wie übrigens die Revision selbst annimmt, in Uebereinstimmung mit der seitherigen Judikatur des Reichsgerichts zu verneinen (vergl. Entsch. des R. G. in Straff., Bd. XI., S. 314 ff.).

Die Revision war demnach zu verwerfen.

III.

Landgerichtliche Entscheidungen.

In Strafsachen.

Ist ein württembergischer Wundarzt zweiter Abteilung befugt, sich als Zahnarzt zu bezeichnen? Gewerbeordnung §§ 29, 147, Z. 3.

Urt. d. Landg. Stuttgart, Strafkammer II, v. 13. Dezember 1887 [1]**.**

U.S. geg. Wundarzt S. R. in L. wegen unberechtigter Führung eines ärztlichen Titels.

1) Zu vergl. oben, Entsch. d. Oberlandesger. in Strafsachen, B. 6 (Seite 22), Anmerkung 1. A. d. Red.

Wundarzt S. R. von M., wohnhaft in L., wurde durch Berufungsurteil der II. Strafkammer des königl. Landgerichts St. von der Anklage der unberechtigten Führung eines ärztlichen Titels aus folgenden Gründen freigesprochen:

Der Angeklagte, welcher laut Zeugnisses des königl. Medizinalkollegiums vom 28. Mai 1872 auf Grund der am 13. und 16. des genannten Monats erstandenen Prüfung „zur Ausübung der Wundarzneikunde nach den in der königl. Verordnung vom 16. Oktober 1830 § 3, 5, 6, 7 und 8 dem Wundarzte früherer zweiter Abteilung bezeichneten Befugnissen, sowie zur Schutzpockenimpfung legitimiert" worden ist, hat in der Nummer 120 der in L. erscheinenden L. Zeitung vom 26. Mai 1887 eine Ankündigung veröffentlichen lassen des Inhalts: „Für Zahnleidende empfiehlt sich bestens L. R., Wund- und Zahnarzt, Gartenstraße, L." Auf eine Anzeige des Oberamtsphysikats wurde der Angeklagte, welcher wegen der Bezeichnung als Zahnarzt schon zweimal bestraft worden war, anläßlich dieser wiederholten Bezeichnung als Zahnarzt abermals wegen eines Vergehens der unberechtigten Führung eines ärztlichen Titels im Sinne des § 147, Ziff. 3 der Gewerbeordnung zunächst durch Strafbefehl des Amtsgerichts L. vom 11. Juni 1887 zu der Geldstrafe von zehn Mark und sodann zufolge seines Einspruchs durch Erkenntnis des Schöffengerichts vom 11. Okt. 1887 zu der Geldstrafe von drei Mark verurteilt.

Die von Seiten des Angeklagten gegen dieses Urteil erhobene Berufung ist begründet.

Der Angeklagte hat zwar eine Approbation als Zahnarzt auf Grund der mit dem 1. Januar 1872 in Württemberg in kraft getretenen Reichsgewerbeordnung und der hiezu gehörigen Ausführungsbestimmungen des vormaligen norddeutschen Bundesrats nicht erlangt. Dagegen hat derselbe in Gemäßheit der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. Dezember 1871 (R.G.Bl. S. 472) im Laufe des ersten Halbjahres 1872 eine Prüfung für Wundärzte zweiter Abteilung mit Erfolg bestanden und ist laut des hierüber von dem königl. Medizinalkollegium ausgestellten Zeugnisses auf grund der angeführten

Bekanntmachung des Reichskanzlers sowie auf grund der Verfügung des zuständigen königl. Ministeriums des Innern, betreffend den Einfluß der deutschen Gewerbeordnung auf das Medizinalwesen, vom 8. April 1872 § 1, Ziff. 1 (R.G.Bl. 143) zur Ausübung der Wundarzneikunde innerhalb der Befugnisse der Wundärzte zweiter Abteilung ermächtigt worden. Nach der hiefür maßgebenden königl. Verordnung, betreffend die Abstufungen in der Ermächtigung zu Ausübung der Wundarzneikunde, vom 14. Oktober 1830, § 3 verglichen mit § 5 und 6 (Reg.-Bl. 443) ist den Wundärzten zweiter Abteilung „die äußerliche Behandlung aller chirurgischen Fälle, welche nicht zu den schwierigsten und gefährlichsten gehören, gestattet" und sind dieselben „nur von denjenigen wundärztlichen Verrichtungen ausgeschlossen, welche in der revidierten Medizinaltaxe (vom gleichen Tage, Reg.-Bl. S. 458) den Wundärzten erster Abteilung ausdrücklich vorbehalten" sind. Da die Zahnheilkunde zweifellos an sich einen Teil der Wundarzneikunde bildet, den Wundärzten erster Abteilung aber keinerlei zahnärztliche Verrichtungen ausschließlich vorbehalten sind, so folgt aus den angeführten Bestimmungen, daß den Wundärzten zweiter Abteilung die Ausübung der Zahnheilkunde im ganzen Umfange gestattet war. Dementsprechend führt die revidierte Medizinaltaxe vom 14. Oktober 1830, Ziff. II,38 unter den „Verrichtungen, wozu auch die Wundärzte zweiter Abteilung berechtigt sind, ausdrücklich das „Brennen und Plombieren" der Zähne, sowie „andere Zahnoperationen, als Durchfeilen, Abfeilen, Anbohren und dergl." auf. Mag nun auch bezweifelt werden, ob die Wundärzte zweiter Abteilung, weil dieselben nicht zur Ausübung der Wundarzneikunde im ganzen Umfang ermächtigt sind, zu denjenigen Personen zu zählen seien, welche im Sinne des § 29 Abs. 5 der Gewerbeordnung vor Verkündigung dieses Gesetzes in Württemberg die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als „Wundärzte" erlangt haben, so kann doch mit Grund nicht bestritten werden, daß die Wundärzte zweiter Abteilung, welchen die bezüglichen württembergischen Bestimmungen die Ausübung der Zahnheilkunde im ganzen Umfange erlauben, in Württem-

berg die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Zahnärzte erlangt haben. Dem steht auch nicht entgegen, daß die älteren württembergischen Bestimmungen eine besondere Berechtigung zum Gewerbebetrieb als „Zahnarzt" nicht kennen; denn nicht die erhaltene ausdrückliche Erlaubnis zur Führung des Titels Zahnarzt, sondern die erlangte Berechtigung zum Betrieb des zahnärztlichen Gewerbes ist bei der angeführten Bestimmung der Gewerbeordnung das Entscheidende. Ebenso unerheblich ist die Streitfrage, ob die Wundärzte zweiter Abteilung zu den Medizinalpersonen höherer oder niederer Kategorie gehören [1]), und ob dieselben insofern überhaupt unter den § 29 der Gewerbeordnung fallen, da nur ihre Berechtigung zur Ausübung der Zahnheilkunde im vorliegenden Falle maßgebend ist. Auch bezüglich der nach der Gewerbeordnung approbierten Zahnärzte ist mit Grund zu bezweifeln, ob dieselben angesichts des von ihnen geforderten, gegenüber den Aerzten sehr beschränkten Befähigungsnachweises — trotzdem sie in § 29 und 147 Ziff. 3 der Gewerbeordnung neben den Aerzten genannt sind, und trotzdem jetzt auch approbierte Aerzte, welche sich den Titel Zahnarzt beilegen wollen, noch der besonderen zahnärztlichen Approbation bedürfen [2]) — im Vergleich mit den Wundärzten zweiter Abteilung als Medizinalpersonen höherer Kategorie erscheinen. Wenn in dem § 29, Abs. 1 des Entwurfs einer Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund von 1869, welcher nur die Freizügigkeit der Aerzte im Bundesgebiet herstellen, die Approbation aber als Bedingung für die Ausübung der Heilkunde beibehalten wollte, neben den Aerzten nur für die Zahnärzte (bezw. für die Apotheker) eine von Bundeswegen geregelte Approbation vorgesehen war, so ist hieraus nach den Motiven zu dem bezeichneten Paragraphen keineswegs auf eine Gleichstellung der Aerzte und Zahnärzte in der erörterten Beziehung zu schließen, indem dort davon ausgegangen wird, für

1) vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Straff. Bd. VI., S. 261.

2) Bekanntmachung des Kanzlers des norddeutschen Bundes vom 25. Sept. 1860, betr. die Prüfung der Aerzte, Zahnärzte ꝛc. II § 6 Rgbl. 1871 S. 304 ff.

5 *

andere Spezialärzte seien von Bundeswegen Approbationen nicht zu erteilen, da auch die Behandlung der Spezialitäten eine tüchtige allgemeine ärztliche Bildung voraussetze, nur für Zahnärzte sei eine Ausnahme zu machen, da einerseits für diese die Spezialität sich wohl aufrecht erhalten lasse und andererseits der Gewerbebetrieb derselben sich durch eine entwickelte industrielle Thätigkeit auszuzeichnen pflege. Hiernach sind die Zahnärzte offenbar nicht als Medizinalpersonen gleicher Kategorie wie die Aerzte gedacht, eine Stellung, an welcher durch die Freigebung der Ausübung der Heilkunde und die Beschränkung der Bedeutung der Approbation — abgesehen von der Anstellungsfähigkeit — auf die Berechtigung zur Führung des entsprechenden ärztlichen Titels nichts geändert worden ist, wie auch aus dem bereits angeführten wesentlichen Unterschied in dem geforderten Befähigungsnachweise sich ergibt. Uebrigens finden die nunmehrigen reichsrechtlichen Bestimmungen über die Approbationen der Aerzte, bezw. Wund- und Zahnärzte keine Anwendung auf die zuvor schon landesrechtlich ermächtigten Medizinalpersonen, ihre Approbation für das Reich bemißt sich ausschließlich nach der von ihnen in einem Bundesstaat erlangten Berechtigung. Wenn deshalb nunmehr auch für die Zahnärzte reichsrechtlich eine besondere Approbation vorgeschrieben ist, welche, um approbierte Zahnärzte zu sein, auch approbierte Aerzte erlangen müssen, so folgt daraus nicht, daß auch die schon vorher landesrechtlich zur Ausübung der Zahnheilkunde ermächtigten Personen diese Ermächtigung besonders und ausdrücklich bezüglich der Zahnheilkunde, namentlich etwa auf grund einer besonderen zahnärztlichen Prüfung, erhalten haben müssen, um für das Reich als approbiert gelten zu können. Es genügt, wenn solche Personen mit ihrer landesgesetzlichen Berechtigung als Aerzte oder Wundärzte thatsächlich zugleich die Berechtigung zur Ausübung der Zahnheilkunde erhalten haben, wie dies bei den Wundärzten zweiter Abteilung zutrifft.

Steht nun hienach fest, daß die Wundärzte zweiter Abteilung in Württemberg vor Inkrafttreten der Gewerbeordnung

die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Zahnarzt hatten, so gelten sie insoweit jedenfalls gemäß § 29, Abs. 5 der Gew.-Ordn. als approbiert, woraus nach Abs. 1 des bezeichneten Paragraphen sodann weiter folgt, daß diese Wundärzte berechtigt sind, sich als Zahnarzt zu bezeichnen. Eine besondere Ermächtigung zur Führung dieses Titels ist nicht erforderlich, die Berechtigung hiezu beruht ausschließlich auf ihrer in der Gewerbeordnung anerkannten Approbation. Landesrechtliche Bestimmungen vermögen nach Inkrafttreten der Gewerbeordnung diese Berechtigung weder zu erteilen noch zu entziehen. Schon aus diesem Grunde könnte der Verfügung des königl. Ministeriums des Innern vom 8. April 1872, falls sie je eine abweichende Bestimmung enthielte, eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt werden. Hiezu kommt, daß wie in anderen deutschen Staaten, so auch in Württemberg bezüglich der Bedeutung der für die Wundärzte zweiter Abteilung bestehenden Approbation eine gewisse Unsicherheit zu Tage tritt. Nach der Verfügung des königl. Ministeriums des Innern vom 25. Februar 1875, betr. die Vollziehung des Impfgesetzes vom 8. April 1874, (Reg.-Bl. S. 139) können nur approbierte Aerzte zu Impfärzten bestellt (§ 1, Abs. 3), auch außerdem Impfungen nur von approbierten Aerzten ausgeführt werden (§ 16), indem dies als durch das Reichsimpfgesetz für angeordnet erachtet wurde [1]). Am 27. April 1876 beschloß jedoch der Bundesrat zu erklären, daß das Impfgesetz die vor Erlaß der Gewerbeordnung auf grund der Landesgesetzgebung für eine beschränkte Ausübung der Heilkunde in einem Bundesstaate approbierten und durch diese Approbation zur Ausführung von Impfungen berechtigten Wundärzte, — da dieselben, soweit ihre durch die landesrechtliche Approbation anerkannte Fähigkeit überhaupt reiche, im Sinne der Reichsgesetzgebung ebenfalls als Aerzte anzusehen seien, — von jenen Funktionen nicht ausschließe. Demzufolge verfügte das königl. Ministerium des Innern unter

1) vergl. die Erklärung des Staatsministers des Innern in der Kammer der Abgeordneten vom 24. Juni 1875, Protokollbd. II von 1875 S. 933.

dem 8. Mai 1876 (Reg.-Bl. S. 163), daß in Württemberg diejenigen Wundärzte, welche zur Besorgung von Impfgeschäften f. Z. ermächtigt worden seien, bezüglich der Vornahme öffentlicher und privater Impfungen den Aerzten gleichstehen. Uebrigens liegt keine Nötigung zu der Annahme vor, daß die Bestimmung in § 1, Ziff. 3 der Ministerialverfügung vom 8. April 1872, wonach Zahnärzte, welche eine Prüfung beim Medizinalkollegium erstanden und ein ihre Befähigung ausdrückendes Zeugnis erhalten haben, sich sollen Zahnarzt nennen dürfen, nur solche Personen im Auge habe, welche eine besondere zahnärztliche Prüfung erstanden haben. Da namentlich die Wundärzte zweiter Abteilung eine Prüfung über das ganze Gebiet der Wundarzneikunde, welches zu dem Umfang ihrer Befugnisse gehört, bei dem königl. Medizinalkollegium zu erstehen hatten (§ 23 der königl. Verordnung vom 14. Oktober 1830) und aus dem Zeugnis über die Erstehung der Prüfung als Wundärzte zweiter Abteilung sich ergibt, daß sie insbesondere auch zur Ausübung der Zahnheilkunde im ganzen Umfange befugt seien, so erfüllen auch sie die Bedingungen der angeführten Ministerialverfügung bezüglich der Benennung als Zahnarzt. Zudem hat der in erster Instanz als Sachverständiger vernommene Obermedizinalrat Dr. L. angegeben, daß unter dem württembergischen Recht Wundärzte zweiter Abteilung, welche auch in der Zahnheilkunde geprüft seien, sich Zahnärzte genannt haben und daß noch jetzt in Württemberg eine Reihe von Wundärzten zweiter Abteilung den Titel Zahnarzt unangefochten führe.

Aus dieser Berechtigung der Wundärzte zweiter Abteilung ergibt sich sofort auch die Berechtigung des Angeklagten, welcher zwar erst nach dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung in Württemberg die Approbation als Wundarzt zweiter Abteilung erhalten hat, hiemit aber laut der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 21. Dezember 1871, Ziff. 2b zur Praxis in Württemberg nach Maßgabe der hier bisher in Geltung gewesenen Vorschriften zuzulassen ist. Der Angeklagte ist hiernach zum Gewerbebetrieb als Zahnarzt berechtigt, gilt somit

als Zahnarzt approbiert und ist demzufolge auch befugt, den Titel Zahnarzt zu führen.

Indem sich der Angeklagte in der im Eingang erwähnten Ankündigung als Zahnarzt bezeichnete, hat sich derselbe somit der unberechtigten Führung eines ärztlichen Titels nicht schuldig gemacht und war deshalb unter Aufhebung des verurteilenden Erkenntnisses erster Instanz von der Anklage eines Vergehens im Sinne des § 147, Ziff. 3 der Gewerbeordnung freizusprechen.

Neben den Gerichtskosten beider Instanzen wurden auch die dem Angeklagten in der zweiten Instanz erwachsenen notwendigen Auslagen auf die Staatskasse übernommen, da der Angeklagte genötigt war, gegenüber den staatlichen Organen ein ihm zustehendes Recht durch die Berufung zu erstreiten.

IV.

Mitteilungen des Vorstands der Anwaltskammer.

Feststellung und zwangsweise Beitreibung der Kosten der Parteien im Privatklagverfahren und der Kosten des Nebenklägers.

Mit dieser Angelegenheit, mit welcher laut der im 1. Heft der „Jahrbücher" S. 88 aufgeführten Mitteilung sich schon der Vorstand der Anwaltskammer und das königl. Justizministerium beschäftigt haben, ist neuerdings auch der deutsche Reichstag befaßt worden. Rechtsanwalt Dr. Hirsch in Ulm hatte in einer Petition an denselben um eine Ergänzung des § 503 der Strafprozeßordnung in der Richtung gebeten, daß demselben ein Zusatz beigefügt werde:

> Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Festsetzung der Kosten und über die Zwangsvollstreckung wegen derselben finden entsprechende Anwendung.

Die Petitionskommission des Reichstags hat nach ihrem dem Plenum erstatteten Bericht die Zuziehung eines Kommissärs der verbündeten Regierungen beschlossen, damit derselbe Auskunft über die Frage gebe, ob wirklich wegen des Mangels einer derartigen Bestimmung ein allgemeiner Notstand in der Praxis der deutschen Gerichte erkennbar sei. Die Erklärung des Kommissärs ging dahin, daß ein Notstand in Preußen durchaus nicht ersichtlich geworden sei, ebensowenig in Meklenburg und in anderen norddeutschen kleineren Staaten, daß aber allerdings von Württemberg aus Anfragen an die Reichsjustizverwaltung gekommen seien, die darauf zurückzuführen gewesen, daß man hin und wieder bei den württembergischen Gerichten über die Art des Kostenfestsetzungsverfahrens im Unklaren sei; die Reichsjustizverwaltung habe sich daraufhin mit dem württembergischen Justizminister in Verbindung gesetzt, damit derselbe darauf hinwirke, daß man allgemein in der Praxis die analoge Anwendung der Civilprozeßordnung befolgen solle.

Die Kommission war demnach der Ansicht, daß, wenn auch eine gewisse formelle Lücke vorhanden sei, ein eigentlicher allgemeiner Notstand wenigstens insoweit nicht vorliege, daß Veranlassung vorhanden wäre, auf eine sofortige Aenderung oder Verbesserung der Gesetzgebung hinzuwirken. Sie beantragte demgemäß bei dem Reichstage, die Petition dem Reichskanzler zur Berücksichtigung bei der demnächstigen allgemeinen Revision der Strafprozeßordnung zu überweisen. Dieser Antrag wurde auch, nachdem ein sächsischer Abgeordneter eine Schilderung der Praxis der Gerichte in seiner Heimat gegeben, wornach in Sachsen noch größere Unzuträglichkeiten zu Tage zu treten scheinen, als in Württemberg, angenommen.

V.

Ist die Nachholung des Sühneversuchs im Privatklageverfahren zulässig?

Von

Herrn Landrichter Schwab in Ulm.

In einer am 18. Januar 1888, vormittags 8 Uhr, beim Amtsgericht G. eingekommenen Privatklageschrift war die Nachbringung der amtlichen Bescheinigung über den erfolglos zwischen den Parteien vorgenommenen Sühneversuch in Aussicht gestellt und es wurde auch am 19. Januar 1888 dem Amtsgericht ein vom 18. Januar datiertes Protokoll des Schultheißenamts J. über den erfolglosen Sühneversuch vorgelegt. Durch Beschluß des Amtsgerichts vom 19. Januar wurde die Privatklage unter Zuscheidung der Kosten an den Privatkläger als unzulässig zurückgewiesen, da der Sühneversuch erst nach Erhebung der Klage vorgenommen worden sei, während § 420 der St.P.O. die Vornahme des Sühneversuchs vor Erhebung der Klage verlange. Die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde hat der Privatkläger wieder zurückgenommen; in der Beschwerdeinstanz war erhoben worden, daß der Sühneversuch vor dem Schultheißenamt in Anwesenheit der Parteien am 18. Januar mittags ein Uhr vorgenommen worden war.

Vorstehender Fall gibt Anlaß zur Erörterung der Frage, ob der Sühneversuch nach Erhebung der Klage (§ 421 der St.P.O.) nachgeholt werden kann.

Zu unterscheiden von der Nachholung des Sühneversuchs selbst ist zunächst die Nachbringung der Bescheinigung über den (vor Erhebung der Klage stattgefundenen) Sühneversuch. Nach § 420 der St.P.O. hat der Privatkläger die Bescheinigung mit der Klage einzureichen; fehlt die Bescheinigung, so ist die Klage nicht vorschriftsmäßig erhoben und kann zurückgewiesen werden; zweifellos würde es aber, vorausgesetzt, daß der Sühneversuch der Klage vorangegangen ist, in Fällen, wie der geschilderte, wo die Nachbringung der Bescheinigung schon in der Klage selbst in Aussicht gestellt und

in der That auch tags darauf erfolgt ist, als ein übertriebener Formalismus anzusehen sein, wenn der Richter, sich an den Buchstaben des Gesetzes haltend, eine derartige nachträgliche Ergänzung der Klage nicht zulassen wollte.

Anders verhält es sich mit der Nachholung des Sühneversuchs selbst innerhalb desselben Verfahrens. Eine solche dürfte schlechtweg als unzulässig zu erklären sein.

Dem Sühneversuch im Privatklageverfahren ist in ganz hervorragender Weise wesentlich, daß er vor Erhebung der gerichtlichen Klage vor einer Vergleichsbehörde vorgenommen wird. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 420 der St.P.O („Wegen Beleidigungen ist die Erhebung der Klage erst zuläßig, nachdem . . . die Sühne erfolglos versucht worden ist.") Nicht minder ergibt sich dies aus den Erwägungen, welche den Gesetzgeber bei der Adoption des Sühneverfahrens geleitet haben, daß nemlich Beleidigungen als alltägliche Vorkommnisse, welche das allgemeine Wohl der bürgerlichen Gesellschaft meistens wenig berühren und selbst für die Beteiligten häufig eine geringe Bedeutung haben, nicht regelmäßig eine Bestrafung erfordern, vielmehr eine Beseitigung des Klagerechts durch Vergleich dem Staatsinteresse oft mehr entspreche, als die Verhängung der Strafe. Hievon ausgehend hat die Einführung des Sühneverfahrens die in den Motiven ausdrücklich ausgesprochene Tendenz, die Geltendmachung des Klagerechts zu erschweren [1]).

Noch deutlicher als der Art. XVIII. des Einführungsgesetzes zum preuß. Strafgesetzbuch vom 14. April 1851, welcher für die Klagen „über Ehrverletzungen und leichte Mißhandlungen, sofern sie nur im Wege des Civilprozesses verfolgt werden", den Nachweis verlangte, daß „der Kläger die Vermittlung des Schiedsmannes ohne Erfolg nachgesucht habe", bringt der dieser Gesetzesbestimmung nachgebildete § 420 der R.St.P.O. zum Ausdruck, daß der Sühneversuch in der That vor Erhebung der Klage vorgenommen sein müsse [2]).

1) Motive zu § 356—365 des Entw, Hahn I S. 277

2) Vergl. Medem, im Gerichtssaal, Band 33 Seite 499.

Der Sühneversuch stellt sich somit als eine auf kriminalpolitischen Gründen beruhende **Vorbedingung** der Erhebung der Klage dar [1]). Hiernach erscheint es als eine mit der Natur und dem Begriff des Sühneversuchs **notwendig** verbundene Eigenschaft desselben, daß er **vor** Erhebung der Klage stattfindet, und daraus ist die Konsequenz zu ziehen, daß einem vor Erhebung der Klage unterlassenen oder mangelhaft vorgenommenen und daher ungiltigen Sühneversuch nicht ein im Laufe des gerichtlichen Verfahrens vorgenommener Sühneversuch substituiert werden darf, welcher den legislatorischen Zweck, von Erhebung der Klage **abzuhalten**, nicht mehr erfüllen kann.

In der Litteratur haben sich für **Unzulässigkeit** der Nachholung des Sühneversuchs ausgesprochen v. **Schwarze** [2]), **Stenglein** [3]), **Scherer** [4]); auch die **französische Theorie** hat das im Art. 48—58 des Code de procédure civile genau geregelte Sühneverfahren [5]) als eine im öffentlichen Interesse gegebene Vorschrift angesehen und daraus gefolgert, daß in allen Instanzen die Einrede des mangelnden Sühneversuchs von amtswegen zu supplieren und die Klage abzuweisen, bezw. die ganze Prozedur zu vernichten sei. [6]) **Die Zulässigkeit** der Nachholung wird vertreten von **Löwe**) [7], **Meves** [8]),

1) **Löwe, Strafproz.-Ordn.** § 420 **N. 3. Entsch. des Reichsger. Bd.** III **S.** 373.

2) **Erörterungen praktisch wichtiger Materien aus dem Strafproz.-Recht Bd.** I **S.** 42.

3) **Strafprozeßordnung Note** 3 **zu** § 420.

4) **Gerichtssaal Band** 31 **S.** 343, 344.

5) **Art.** 48 **lautet:** »Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu«.

6) **Scherer** a. a. O.

7) **Strafproz.-O. N.** 2 **und** 3 **zu** § 420.

8) **Das Strafverfahren nach der deutschen Strafprozeßordnung (Berlin** 1879) **S.** 156 **N.** 42: **„Fehlen des Attestes hat die Zurückweisung**

Oppenhoff[9]), Kronecker[10]); auch in der Abhandlung im württemb. Gerichtsblatt Bd. XXI., S. 35 ist von einer Nachholung des Sühneversuchs gesprochen und der Aufsatz Bd. XVIII. S. 352 ebendaselbst hat den Beschluß eines Schöffengerichts, welches, als sich in der Hauptverhandlung der Mangel des Sühneversuchs herausstellte, angeordnet hatte, „das Verfahren insoweit auszusetzen, bis der gesetzlichen Bestimmung des § 420 der R.St.P.O. Genüge geleistet sei", als zulässig vorausgesetzt.

Alle diese Vertreter der Zulässigkeit der Nachholung lassen jede Begründung dafür vermissen, woraus der Richter sollte die souveräne Befugnis ableiten können, den, wie Löwe selbst hervorhebt, im öffentlichen Interesse vom Gesetz angeordneten Sühneversuch, der nach der strikten Vorschrift des § 420 der P.O. der Klageerhebung vorauszugehen hat, durch einen nachträglichen innerhalb des gerichtlichen Verfahrens sich abspielenden Vergleichsversuch zu ersetzen. Die von Löwe angeführte Zweckmäßigkeitserwägung, daß es „meistens eine nutzlose Weiterung wäre, wenn das Gericht sogleich ein Urteil erließe und die Strafverfolgung für zur Zeit unstatthaft erklärte," kann, was keiner Ausführung bedürfen wird, als eine Rechtfertigung für eine derartige Befugnis des Richters nicht gelten. Am wenigsten befriedigt die von Keller[11]) aufgestellte mittlere Meinung: „Eine Frist zur Nachholung des Sühneversuchs kann dem Kläger nur bewilligt werden, wenn der Beschuldigte nicht widerspricht." Soll etwa der Richter, dem eine Privatklage ohne Bescheinigung über einen Sühneversuch eingereicht wird, den Beschuldigten befragen, ob er einer etwaigen Nachholung des Sühneversuchs zustimme? Vor allem aber:

---

der Klage zur Folge. Wenn auch demnächst der Mangel nachgeholt werden kann, treffen den Privatkläger doch die Kosten der Zurückweisung". Soll übrigens „demnächst" so viel bedeuten wie: in einem neuen Verfahren, so läßt sich gegen die aufgestellte Ansicht nichts einwenden.

9) Für die I. Instanz (im preuß. Verfahren) Anm. 6 zu Art. XVIII cit. (6. Aufl. S. 819.)

10) In Goltdammers Archiv Bd. 33 S. 7.

11) Strafproz.-O. N. 2 zu § 420.

jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Keller selbst erklärt, daß der Sühneversuch im öffentlichen Interesse vorgeschrieben und daher ein Mangel von amtswegen zu berücksichtigen sei. Vorschriften, welche auf Gründen des öffentlichen Rechts beruhen, können aber selbst im Civilprozeß, dem ja, wie zuzugeben, das Privatklagverfahren in einigen Beziehungen ähnlich gestaltet ist [1]), durch Parteidispositionen nicht abgeändert werden [2]).

Die Praxis des preuß. Obertribunals hinsichtlich der Verletzung des mehrerwähnten Art. XVIII. ist nicht konstant. Urteile vom 5. Dezember 1855 und vom 10. Oktober 1862 lassen eine Nachholung des Sühneversuchs und eine nachträgliche Vorlegung des hierüber aufgenommenen Attestes noch in II. Instanz zu, auch in einem Urteil vom 15. Februar 1867 ist dies prinzipiell für zulässig erachtet [3]). In einem Erkenntnis vom 11. November 1870 [4]) hat dagegen das Obertribunal den Grundsatz, „daß der Mangel des Sühneattestes und der daraus herzuleitende Einwand des Verklagten prozessualisch nach Analogie der exceptio litis ingressum impediens zu behandeln sei (§ 62 ff.,79 ff., Tit. 10, Thl. I der allgem. Gerichtsordn.) und daher auch noch in II. Instanz durch Beibringung des Sühneattestes beseitigt werden könne" verlassen und ausgesprochen, daß der Mangel eines Sühneattestes durch dessen Nachbringung in II. Instanz nicht geheilt werden könne. Eine Begründung dieser Entscheidung ist nicht veröffentlicht. Die französische Praxis hat (im Gegensatz zur Theorie, s. oben) eine nachträgliche Heilung der aus dem Mangel des Sühneversuchs entspringenden Nichtigkeit des Verfahrens zugelassen, wenn der

1) Vgl. Motive Hahn 1 S. 279.

2) Ein naheliegendes Beispiel bietet der für die Ehescheidungsklage und die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens notwendige Sühneversuch (C.P.O. § 570). Zu vgl. auch die unverzichtbaren prozeßhindernden Einreden, C.P.O. § 247 N. 1 (vgl. mit § 40 Abs. 2) N 2. und 6, die Rechtsmittelförmlichkeiten, Entsch. des Reichsger. in Civilsachen Bd. X S. 401, XIV S. 334.

3) Goltdammers Archiv Bd. IV S. 241, XI S. 47, XV 261.

4) ibid. Bd. XIX S. 56.



Beklagte diese Richtigkeit nicht sofort bei Beginn des Verfahrens einredeweise geltend gemacht hat [1]).

Ist der Sühneversuch vor Erhebung der Klage entweder ganz unterblieben oder nicht rite erfolgt [2]), so hat der Richter unter Verfällung des Privatklägers in die Kosten des Verfahrens die Klage als unzulässig zurückzuweisen. Das Fehlen eines ordnungsmäßigen Sühneversuchs bildet einen dem Verfahren inhärierenden, weder durch richterliche Anordnung noch durch Parteihandlungen zu heilenden wesentlichen Mangel und ist daher vom Richter in jeder Lage des Verfahrens und in erster und zweiter Instanz von amtswegen zu berücksichtigen [3]), wogegen er für die Revisionsinstanz nach der Vorschrift des § 380 der St.P.O. an sich nicht mehr, sondern nur dann in Betracht kommen kann, wenn der Revisionsrichter den von der Vorinstanz unbeachtet gelassenen Mangel des Sühneversuchs als Mangel eines rechtsgiltigen Strafantrags betrachtet und somit die Verletzung einer materiellen Rechtsnorm (§ 61 und 194 des St.G.B.) als vorhanden annimmt [4]) oder der Berufungsrichter infolge irrtümlicher Auslegung des § 420 der St.P.O. zu einer gesetzwidrigen Anwendung des materiellen Rechts gelangt ist [5]).

Der im Gerichtsblatt Bd. 21 S. 39 ausgeführten Ansicht, daß in der Fassung des Eröffnungsbeschlusses eine den

1) Scherer a. a. O.

2) Beispiele: Vornahme vor einer unzuständigen Vergleichsbehörde (vgl. Art. 6 des württ. Ausführungsges. zur R.St.P.O.), Vornahme zwischen anderen Personen als den Parteien (vgl. den auf Band I S. 184 dieser Jahrb. angeführten Fall), Nichterscheinen des Privatklägers im Sühnetermin (vgl. württ. Gerichtsbl. Bd. XX S. 279), Vornahme des Sühneversuchs in Beziehung auf einen andern thatsächlichen Vorfall als den zum Gegenstand der Privatklage gemachten.

3) Löwe., a. a. O. Oppenhoff Anm. 5 zu Art. XVIII. Württ. Gerichtsblatt Bd. 14 S. 170, Bd. 18 S. 354.

4) Vgl. Urteile des Strafsenats des K. Oberlandesgerichts v. 15. Juni 1881 und 29. März 1882, Ger.Blatt 19 S. 198, 20 S. 278.

5) Urteil desselben Gerichts v. 10. März 1886, Bd. I S. 184 dieser Jahrb.

Richter bindende Erklärung der Zulässigkeit der Klage liege und daher ein innerhalb des Hauptverfahrens entdeckter Mangel des Sühneversuchs nicht mehr berücksichtigt werden dürfe, kann nicht beigetreten werden, auch wenn man mit dem Verfasser der betr. Abhandlung in der Vorschrift des Sühneversuchs eine lediglich formale, prozessualische Bestimmung erblickt. In dem Eröffnungsbeschluß äußert sich allerdings die Thatsache, daß der Richter die Klage (irrtümlich) für zulässig angesehen hat, aber diese Thatsache vermag nicht die unzulässige Klage in eine zulässige zu verwandeln oder den Richter zu legitimieren, die unzulässige Klage wie eine zulässige zu behandeln. Wenn a. a. O. ausgeführt ist, es sei durch den Eröffnungsbeschluß unabänderlich festgestellt, daß (abgesehen von den Fällen des § 431 der St.P.O.) durch Hauptverhandlung und Urteil über die Bestrafung oder Nichtbestrafung des Angeklagten zu entscheiden sei, so mag dies zugegeben werden, — wenn aber die Hauptverhandlung mit einem die Klage zurückweisenden und aus diesem Grund das Verfahren einstellenden Urteil schließt, so ist eben hiemit für dieses Verfahren durch Urteil über Bestrafung oder Nichtbestrafung des Angeklagten entschieden, ebenso wie in dem Fall der Einstellung durch Urteil wegen Unanwendbarkeit des Privatklageverfahrens auf die festgestellte Strafthat (St.P.O. § 429); die besondere Vorschrift des § 18 der St.P.O., daß das Gericht nach Eröffnung des Hauptverfahrens seine (örtliche) Unzuständigkeit nur auf Einwand des Angeklagten aussprechen darf, berechtigt nicht zu dem Schluß, daß der Richter im Hauptverfahren auch die Frage nach dem Vorliegen anderer Prozeßvoraussetzungen nicht mehr von amtswegen in Erwägung ziehen dürfe; ein derartiger Schluß widerlegt sich schon durch den Hinweis auf den Fall, wenn sich in der Hauptverhandlung die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts herausstellt.

Die Zurückweisung der mangels des Sühneversuchs unzulässigen Klage erfolgt vor Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen der einfachen Beschwerde unterliegenden und daher mit Gründen zu versehenden Beschluß (§ 346. 34 der St.

P.O.), der, falls die eingelegte Beschwerde für begründet erachtet wird, wieder zurückgenommen werden kann (§ 348 Abs. 2 der St.P.O.) [1]). Nach Eröffnung des Hauptverfahrens erfolgt die Zurückweisung der Klage durch Urteil, welches, der Vorschrift des § 259 der St.P.O. entsprechend, auf Einstellung des Verfahrens (wegen Nichtvorliegens des — im Privatklageverfahren — erforderlichen Antrags) zu lauten haben wird [2]). Auch der Berufungsrichter wird regelmäßig in der Lage sein, in der Sache selbst zu erkennen und zu einer Zurückverweisung der Sache an die I. Instanz (St.P.O. § 369, Abs. 2) keinen Anlaß haben.

Die Wirkung des zurückweisenden Beschlusses oder Urteils erstreckt sich nicht über das hiedurch erledigte konkrete Verfahren hinaus, da die Zurückweisung bezw. Einstellung des Verfahrens in diesem Fall nicht auf der Fiktion einer Zurücknahme der Klage (zu vergl. § 431 und 432 der St.P.O.) beruht. Der Privatkläger ist also nicht gehindert, eine neue, mit der Bescheinigung über den vorgenommenen Sühneversuch versehene Klage zu erheben, welche übrigens selbständig den Erfordernissen des § 198, Abs. 1 der St.P.O. zu entsprechen

1) Die der „Nichteröffnung des Hauptverfahrens" (vgl. § 202) entsprechende Zurückweisung der Klage i. S. des § 423 der St.P.O. unterliegt dagegen der sofortigen Beschwerde des Privatklägers (§ 209 Abs. 2 der St.P.O.). Darüber, in welchen Fällen diese Zurückweisung stattfindet, vgl. die erschöpfende Aufzählung bei Kronecker a. a. O. S. 11 ff.

2) Ein Fall, in welchem der Mangel eines Sühneversuchs erst in der Hauptverhandlung zum Vorschein kommt, ist der, wenn der erkennende Richter im Gegensatz zu der Privatklage und dem Eröffnungsbeschluß, welche eine Körperverletzung als vorliegend angenommen haben, in der betr. Handlung eine thätliche Beleidigung erblickt. Keller a. a. O. bemerkt, in diesem Fall komme der Sühneversuch nicht weiter in Frage, da die Klage richtig erhoben sei. A. A. mit Recht Löwe, da es sonst dem Privatkläger anheimgegeben wäre, durch seine thatsächliche Darstellung oder rechtliche Qualifizierung der That das Erfordernis des Sühneversuchs zu umgehen. In zweifelhaften Fällen ist daher dem Privatkläger der Rat zu geben, einen Sühneversuch zu erwirken; ein Nachteil für den Kläger entsteht nicht, wenn sich dieser nachträglich als ein superfluum erweist.

hat, so daß in thatsächlicher und rechtlicher Hinsicht eine bloße Bezugnahme auf den Inhalt der früheren, als unzulässig zurückgewiesenen Klage nicht genügt. In diesem Sinn kann man von einer Nachholung des Sühneversuchs sprechen. Die Frage, innerhalb welchen Zeitraums der Privatkläger eine zur Herbeiführung der Verurteilung seines Gegners geeignete Klage neu einreichen kann, ob nur innerhalb der dreimonatlichen Strafantragsfrist des § 61 des St.G.B., oder bis zum Ablauf der fünfjährigen Verjährungszeit, ist in letzterem Sinn zu beantworten, wenn man mit dem oben citierten Urteil des Strafsenats des königl. Oberlandesgerichts vom 10. März 1886 davon ausgeht, daß auch der in eine unzulässige Privatklage gekleidete Strafantrag als solcher wirksam sein kann.

VI.

Zur Frage der Zuständigkeit der Civilgerichte.

Von

Herrn Landrichter Dr. Kiene in Hall.

Der Bauer J. M. in R. hat als angeblicher Eigentümer eines kleinen, an der Ortsstraße gelegenen Platzes gegen seinen Nachbar F. W. die negatorische Klage zum Schutz gegen dessen Eingriffe in das von ihm behauptete Eigentum dieses Platzes angestellt. Der Beklagte benützte nemlich diesen Platz zur Einfahrt in seine Scheuer sowie zum Aufstellen von Wagen, Dreschmaschine u. dergl. und erklärte der Klage gegenüber, daß er für sich weder das Eigentum, noch sonst ein Privatrecht an dem Platz beanspruche, daß aber auch der Kläger nicht Eigentümer desselben sei, sondern vielmehr die Gemeinde, und daß ihm als Gemeindegenossen ein Recht auf den Gebrauch dieses öffentlichen, einen Teil der Straße bildenden Platzes zustehe; für den Fall, daß der Kläger das Privateigentum daran zu erweisen vermöchte, behauptete er das Bestehen einer öffentlich rechtlichen Wegdienstbarkeit an diesem eventuellen

Eigentum des Klägers. Auf Grund dieser Einredebehauptungen bestritt der Beklagte unter Bezugnahme auf Art. 10, Ziff. 21 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 betr. die Verwaltungsrechtspflege, sowie unter Berufung auf Lang, Supplement S. 33 zu dessen Handbuch des Sachenrechts die Zuständigkeit des Civilgerichts und machte die ausschließliche Kompetenz des Verwaltungsgerichts zur Entscheidung dieser Strafsache geltend.

Der angeführte Art. 10 bestimmt in Ziff. 21 die Zuständigkeit der Kreisregierungen als Verwaltungsgerichte erster Instanz für die Verhandlung und Entscheidung von Streitigkeiten, welche das von einer Gemeinde oder von Einzelnen in Anspruch genommene Recht auf Benützung eines öffentlichen Wegs betreffen einschließlich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen zukommt. Lang erklärt an der citierten Stelle im Gegensatz zu seiner früheren im Handbuch des Sachenrechts S. 330 vertretenen Ansicht unter Hinweis auf die angeführte Gesetzesbestimmung des Art. 10, Ziff. 21 die Verwaltungsjustiz für zuständig, wenn einer Negatorienklage gegenüber der Beklagte das Eigentum des Klägers aus dem Grund läugnet, weil nach seiner Behauptung der Platz, um welchen es sich handle, ein öffentlicher Platz oder öffentlicher Weg, also eine dem Privateigentum entzogene Sache sei. Allein dieser Ansicht Langs kann m. E. nicht in dieser Allgemeinheit beigetreten werden und sie erscheint speziell für einen Fall der hier vorliegenden Art unbegründet, wie die nachstehende Erörterung ergeben wird.

I.

Die Bestimmung und Begrenzung der Civilgerichtsbarkeit ist an sich nicht mehr Sache der Gesetzgebung des einzelnen deutschen Staates, sondern der Reichsgesetzgebung gemäß Art. 4 Ziff. 13 der Reichsverfassung und fällt zweifellos in das Gebiet der Gesetze betr. die Gerichtsverfassung und die Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. In diesen beiden Gesetzen ist jedoch von einer reichsgesetzlichen Bestimmung des Begriffs der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und damit von einer prinzipiellen Grenzscheidung zwischen den Gegen-

ständen der bürgerlichen und denjenigen der administrativen Gerichtsbarkeit abgesehen und es besagen die Motive zum Gerichtsverfassungsgesetz S. 32:

> der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit leidet keine oder doch nur eine ungenügende Definition und ihn für alle deutschen Staaten gemeinsam zu machen, war unausführbar; man konnte ihn aber als gegebenen voraussetzen.

Ein Antrag, welcher bezweckte, die Frage der materiellen Zulässigkeit des Rechtswegs präjudiziell zu lösen und allgemein bindende Vorschriften über den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit in das Gerichtsverfassungsgesetz aufzunehmen, wurde von der Reichstagsjustizkommission abgelehnt [1]). Es liegen nun zwei, die vorliegende Frage zwar nur allgemein aber grundsätzlich regelnde reichsgesetzliche Bestimmungen vor. Es bestimmt einmal § 3 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung:

> die C.P.O. findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören,

und welches die letzteren sind, definiert § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes kurz dahin:

> vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

Hiemit ist allerdings eine positive Vorschrift der Reichsgesetzgebung zur Entscheidung der Frage, welche Sachen vor die Gerichte gehören und welche einzelne Rechte der Verfolgung im Wege des Civilprozesses zugänglich sind, nicht gegeben, dagegen sind die Grenzen der Civilgerichtsbarkeit in negativer Weise festgesetzt. Es ist ausgesprochen, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs einmal ausgeschlossen ist für solche Rechtsstreitigkeiten, welche nicht die Natur von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten haben, und sodann für solche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche vor die Verwaltungsgerichte verwiesen sind. Für beide Fälle ist beim Mangel reichsgesetzlicher Bestimmungen

1) Prot. I. Lesung S. 469 ff.

die Grundlage der Entscheidung im Recht und in der Gesetzgebung des Einzelstaates zu suchen; es heißt diesbezüglich in den Motiven S. 32: für die Bestimmung einer Sache als einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit sind in erster Linie die Reichsgesetze, in weiterer aber das Landesrecht des einzelnen Staates maßgebend. Solche reichsgesetzliche Vorschriften sind in §§ 4 und 5 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung, in § 11 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz und in §§ 9 und 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes enthalten, wovon für die vorliegende Streitsache nur die erstgenannte Gesetzesvorschrift von einiger Bedeutung ist. Nach derselben darf für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, bei welchen nach dem Gegenstand oder nach der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, derselbe aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation beteiligt ist, durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden. Maßgebend hiefür ist also nur der rein subjektive Grund der Beteiligung einer Gemeinde u. s. w., wogegen die Bestimmung nicht zutrifft, wo aus objektiven Gründen ohne Unterscheidung der dabei beteiligten Personen der Ausschluß des Rechtswegs für gewisse Rechtsstreitigkeiten nach Landesrecht normiert ist. Endlich sind in einer Reihe von Spezialgesetzen reichsgesetzlich gewisse an sich bürgerliche Rechtsstreitigkeiten den Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten mit Ausschließung der Civilgerichte zugewiesen worden, z. B. im Reichsbeamtengesetz §§ 134, 155, Postgesetz § 25, Reichsgesetz über die Naturalleistungen im Frieden § 14 ꝛc.

Abgesehen von den angedeuteten besonderen Ausnahmen entscheidet somit das Landesrecht über die Grenzen der Civilgerichtsbarkeit gegenüber der Verwaltungsjustiz; das Reichsrecht hat hier ausdrücklich auf die Landesgesetzgebung verwiesen und es steht der letzteren auch fernerhin unbedenklich die Befugnis zu, den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit zu regeln, soweit nicht für einzelne Fälle reichsgesetzliche Normen bestehen, und Gegenstände, welche bisher und begriffsgemäß vor die Gerichte gehören, den Verwaltungsbehörden zuzuweisen [1]).

1) S. **Busch**, Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. I S. 369, V S. 59,

II.

In Württemberg ist seit 1819 auf der Grundlage der Bestimmung des § 60, Ziff. 1 der Verfassungsurkunde eine Verwaltungsrechtspflege durch die Rechtsprechung des Geheimen Rates ausgeübt worden, ohne daß aber eine prinzipielle Scheidung des Gebiets derselben von demjenigen der bürgerlichen Gerichtsbarkeit auf dem Wege der Landesgesetzgebung erfolgt wäre; es hat insbesondere der § 95 eod. („keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrecht verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden") nicht die Bedeutung einer die Kompetenzfrage bestimmenden Gesetzesvorschrift [1]). Es blieb vielmehr der Doktrin und Praxis bis zum Erlaß des Gesetzes vom 16. Dezember 1875 betr. die Verwaltungsrechtspflege überlassen, jene Grenzbestimmung zu treffen und durchzuführen; aber auch seit dem Bestehen dieses Gesetzes ist diese Aufgabe der Wissenschaft und Rechtsprechung, wie wir später sehen werden, noch keineswegs eine abgeschlossene.

1) Ausgehend von dem Grundsatz, daß sich die Zuständigkeit nach dem Rechtsgebiet bestimmt, dem der Streit angehört, war es feststehende Ansicht, daß die Streitigkeiten über die ihrer Natur nach privatrechtlichen Ansprüche zur Zuständigkeit der Civilgerichte, diejenigen über die Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Recht zur Kompetenz der Verwaltungspflege gehören, wobei es der Doktrin und Praxis zufiel, den Begriff der Privatrechtsansprüche im Gegensatz zu den öffentlichrechtlichen Ansprüchen festzustellen. Dieser Umstand in Verbindung mit dem weiteren, daß in zahlreichen Fällen die Streitigkeiten sich auf beiden Gebieten bewegen und sowohl eine privatrechtliche, als eine öffentlich-rechtliche Seite darbieten, führte zu mehrfachen Schwankungen in der bezüglichen Rechtsprechung der Gerichte [2]), bis seit etwa 1860 in den Entschei-

---

Motive zum G.-Verf.-Ges.S. 33, Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. III. S. 410.

1) Württ. Archiv, Bd. XV. S. 24 ff.

2) s. Gerichtsblatt, Bd. VI. S. 55 Note 3, Württ. Archiv Bd. II. S. 8.

dungen des obersten Landesgerichtes ein für die Lösung der Kompetenzfrage maßgebender Grundsatz konsequent zur Anwendung gelangte. Derselbe geht dahin:

zur Begründung der Zuständigkeit der Civilgerichte ist einzig entscheidend, daß der Klaganspruch als ein privatrechtlicher vom Kläger geltend gemacht und begründet wird.

In Konsequenz dieses Prinzips wurde diese Zuständigkeit nur verneint, wenn der Kläger seinen Anspruch auf einen öffentlich-rechtlichen Titel stützte, nicht aber wo nur der Beklagte den auf einen Privatrechtstitel gegründeten Klaganspruch aus Gründen des öffentlichen Rechts bestritt, z. B. mit dem Einwand, daß der als Privateigentum behauptete Platz ein öffentlicher Weg sei. Es wurde also durch eine derartige, auf eine Befugnis aus dem öffentlichen Recht gestützte Einwendung des Beklagten die auf die Geltendmachung des Klageanspruchs als eines privatrechtlichen basierte Zuständigkeit des Civilrichters nicht wieder rückwärts aufgehoben [1]).

Eine weitere Konsequenz war die, daß die Durchführbarkeit des als privatrechtlich geltend gemachten Anspruchs aus den hiefür angeführten Thatsachen für die Zuständigkeitsfrage nicht in Betracht kommt, sondern einen Teil der materiellen Würdigung und Entscheidung über das Parteivorbringen bildet, wozu den Civilrichter nur seine bereits angenommene Zuständigkeit berechtigt, so daß eine Prüfung jener zur Materie des Rechtsstreits gehörigen Thatsachen, sowie der aus dem öffentlichen Recht geschöpften Einwendungen des Beklagten eventuell nur zu einer sachlichen Abweisung des Klaganspruchs wegen Mangels der zu seiner Begründung als eines privatrechtlichen erforderlichen Voraussetzungen, nicht aber zu einer Unzuständigkeitserklärung führen kann [2]). Diese Sätze sind in wiederholten Plenarbeschlüssen des vormaligen Obertribunals vom

1) Gerichtsbl. Bd. III. S. 298, V. 276, VI. 55, 394, VII. 102, VIII. 372, X. 114, XI. 4; Württ. Archiv, Bd. V. S. 235 bis 246, VI. 253, XIV. 43, XV. 37 N. 44, 249, 251.

2) s. die citierten Entscheidungen im Gbl., III. S. 298, XI. S. 4, württemb. Archiv, V. S. 242.

12. Nov. 1870 (Gbl. III. 299) und 21. Febr. 1872 (Gbl. V. 276) klar und bestimmt ausgesprochen. Die erstzitierte Entscheidung betraf eine Negatorienklage ganz gleich der vorliegenden, wo das klägerische Eigentum des kritischen Platzes bestritten und solcher vom Beklagten als Weg für die Gemeinde vindiziert war; weiter ging der an zweiter Stelle angeführte Plenarbeschluß mit der Bejahung der civilgerichtlichen Kompetenz auch für jene Negatorienklage, wo dem Kläger das Privateigentum des Platzes nicht bestritten, sondern seinem gegen Störungen und Eingriffe in dasselbe gerichteten Anspruch gegenüber nur das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Dienstbarkeit beklagtischerseits behauptet wurde. Nur diese letztere von der früheren Rechtsprechung abweichende, jedoch aus der obigen Hauptthesis mit logischer Konsequenz sich ergebende Entscheidung fand in der Doktrin und Praxis mehrfache Anfechtung [1]), wobei gegen jene Hauptthesis in der Kompetenzfrage polemisierend hervorgehoben wurde, daß nicht die zufällige oder gar mutwillige Art der Klagbehauptung für die Zuständigkeitsbestimmung entscheidend sein könne, sondern einzig die Natur des streitigen Rechts, bezw. das Rechtsverhältnis, auf welches der Anspruch gestützt werde, und daß insbesondere bei der negatorischen Klage, falls gegenüber dem Eigentümer einer Sache eine im öffentlichen Recht begründete Befugnis in Anspruch genommen werde, die Verwaltungsjustiz zuständig sein müsse. Aber auch die Vertreter dieser gegenteiligen Auffassung haben für einen Fall, wie denjenigen des gegenwärtigen Rechtsstreits, wo bestritten ist, ob der Kläger Eigentümer des vom Beklagten als Weg zur Benützung beanspruchten Platzes sei oder die Gemeinde, unbedingt die Zuständigkeit des Civilrichters anerkannt, da diese Frage eine die Legitimation des Klägers zur Sache bedingende Vorfrage bilde und die Entscheidung dieser ein reines Privatrechtsverhältnis betreffenden Vorfrage, ob der Kläger Eigentümer sei, jedenfalls dem Civilrichter zustehen müsse; die Verwaltungsjustiz sei dagegen kompetent, wenn — was

1) Gerichtsblatt, VI. S. 36 ff. VII. S. 136 ff.

hier nicht zutrifft — auf unbestrittenem Eigentum eine sog. öffentliche Dienstbarkeit, z. B. eine Weglast beansprucht oder eine Klage auf Freiheit des Eigentums gegen die Belastung desselben mit der Duldung eines öffentlichen Ortswegs verfolgt werde [1]).

Die Anerkennung der civilrichterlichen Zuständigkeit auch seitens der Verwaltungsbehörden in einem Fall der Negatorienklage mit bestrittenem Eigentum, wie vorliegend, ergibt sich aus einer im württemberg. Archiv, XV. S. 251 angeführten Entscheidung: dort war diese Klage auf Anerkennung des Eigentums des Klägers an einem Platz und auf Abwehr der vom Beklagten ausgehenden Eingriffe in dasselbe angestellt, vom letzteren die Befugnis zur Benützung des Platzes als angeblichen Eigentums der Gemeinde beansprucht — und in allen vier Instanzen der Verwaltung einschließlich des Geheimen Rats wurde die Verwaltungsjustiz für unzuständig erklärt, so lange nicht das bestrittene Eigentum des Klägers durch civilgerichtliche Entscheidung zur Anerkennung gebracht sei. Zutreffend ist dabei ausgeführt: das Eigentum sei ein Privatrecht, möge es vom Staat, einer Gemeinde oder von Privaten verfolgt werden, es sei stets dasselbe Recht, und ein ganz anderes Recht sei dasjenige eines öffentlichen Wegs über ein Privatgrundstück; rein privatrechtlich sei deshalb eine Streitigkeit darüber, ob eine in Anspruch genommene Sache im Eigentum eines einzelnen oder einer Gemeinde sich befinde, und bei Begründung dieser Klage handle es sich lediglich um die Abwehr von Verletzungen des Privateigentums, die Gewährung der Abhilfe gegen solche — eventuell aus Anlaß der Benützung eines öffentlichen Wegs erfolgte Eingriffe in das Privatrecht aber stehe niemals dem Administrativrichter zu.

Andrerseits ist von der Verwaltungsjustiz gegenüber jener Entscheidung des Obertribunals vom 21. Febr. 1872 (Gbl. V 276) konsequent für jene Fälle an ihrer Kompetenz festgehalten

1) Gerichtsblatt, VI. 38, 39, 47, VII. 135, württ. Archiv, XV. S. 249, Note 1.

worden, wo das Eigentum einer Sache, an welcher der Beklagte eine im öffentlichen Recht begründete Befugnis in Anspruch nahm, anerkannt oder festgestellt, also nicht mehr im Streit war [1]). Jener erstangeführten, von Justiz und Verwaltung stets einmütig vertretenen Anschauung folgend, lehrt auch Lang solchenfalls in seinem 1876 erschienen Handbuch des Sachenrechts § 64 lit. C Ziff. 3, S. 330 die Zuständigkeit des Civilrichters mit der Begründung, daß der bestrittene Klagegrund das Eigentum des Klägers bilde; seine im Supplement S. 33 geänderte, diese civilrichterliche Kompetenz direkt verneinende Ansicht rechtfertigt er durch den bloßen Hinweis auf das inzwischen in Kraft getretene Gesetz vom 16. Dez. 1876.

2) Es fragt sich nun, ob und inwiefern durch dieses Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege eine Aenderung der Zuständigkeitsbestimmung für eine negatorische Klage mit bestrittenem Eigentum, wie im vorliegenden, mit Lang's Ausführung im Sachenrecht S. 330 Ziff. 2 sich genau deckenden Rechtsfall, begründet worden ist, insbesondere ob eine allgemeine oder die von Lang, Suppl. S. 33, angeführte besondere Gesetzesvorschrift des Art. 10 Ziff. 21 die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters unter Ausschluß der nach dem Ausgeführten bisher ganz unbestrittenen Kompetenz der Civilgerichte hiefür festsetzt. Die Beantwortung dieser Frage hat davon auszugehen, daß Art. 1 dieses Gesetzes, welcher die Streitigkeiten und Beschwerden in Beziehung auf Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem öffentlichen Recht von der Zuständigkeit der Civilgerichte ausscheidet und der Verwaltungsrechtspflege zuteilt, von einer prinzipiellen Feststellung des Begriffs einer Verwaltungsrechtssache absieht und diese somit der Wissenschaft und Rechtsprechung auch fernerhin verbleibt. Es sind zwar in Art. 2 fünf Hauptkategorien von Streitigkeiten als in die ausschließliche Zuständigkeit der Civilgerichte nunmehr fallend ausgehoben, dabei ist aber in den Motiven hiezu, sowie im Kommissionsbericht ausdrücklich erklärt, daß mit dem Gesetz das

1) s. württ. Archiv V S. 421, 425, XV 248, 249, 47.

Problem einer prinzipiellen Grenzscheidung zwischen den Gegenständen der bürgerlichen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht habe zur Lösung gebracht werden wollen, und daß vielmehr nur bezüglich einzelner auf der Grenze liegender Fälle zur Beseitigung von Zweifeln die Bestimmungen des Art. 2 über die gerichtliche Zuständigkeit getroffen worden seien, daß im Uebrigen die Grenzregulierung der Doktrin und Praxis überlassen bleiben solle [1]). Die hier zur Entscheidung stehende Frage betr. die Negatorienklagen ist unter den Fällen des Art. 2 nicht berührt, diese behandeln vielmehr die Ansprüche aus dem öffentlichen Dienst, aus Familienstiftungen sowie wegen Brandschadens und aus Bestimmungen der Bauordnung. Während für die verwaltungsrichterliche Jurisdiktion in diesem Art. 2 die Grenzlinie nach der Seite der Civiljustiz in der angegebenen Art bestimmt ist, geschieht nun dasselbe in Art 10 nach der Seite der Verwaltung.

Im citierten Art. 10 sind in kasuistischer Weise in 26 Ziffern die sog. Verwaltungsparteistreitsachen aufgezählt und den Kreisregierungen als Verwaltungsgerichten erster Instanz zugewiesen. Nach den Motiven betreffen diese Streitigkeiten ausschließlich Gegenstände, welche entweder an sich in den Geschäftskreis des Departements des Innern gehören oder wenigstens schon bisher von den Behörden desselben behandelt wurden und es wird ausdrücklich hervorgehoben, daß sich das Gesetz hiebei wesentlich an das bestehende Recht anschließe. Im Kommissionsbericht zu diesem Artikel ist gesagt: man könne sich bezüglich der hier angeführten Streitsachen kurz fassen, da man sich in diesem Punkt auf einem sicheren, teils durch wissenschaftliche Untersuchungen, teils durch die in den Grundsätzen so ziemlich einige Rechtsprechung des obersten Landesgerichts und Geheimen Rats geebneten Boden bewege; auch sei jedesmal geprüft worden, ob sich nicht solche Streitfälle darunter befinden, für welche die civilrichterliche Zuständigkeit zu bean-

1) Hohl, Gesetz über Verwaltungsrechtspflege, S 36, 37, 80—82.

sprochen sei [1]). Es erhellt hieraus, daß die gesetzgebenden Faktoren bei der in Art. 10 erfolgten Zuweisung dieser Streitsachen an die Verwaltungsgerichte von den in der Rechtsprechung der genannten höchsten Stellen des Landes gemeinsam anerkannten Grundsätzen und Thesen nicht abgehen wollten, und ferner, daß in diesem Artikel eine Grenzbestimmung der Zuständigkeit gegenüber den Civilgerichten gar nicht beabsichtigt war, sondern nur eine solche zwischen Verwaltung und Verwaltungsjustiz. Insofern aber in Wirklichkeit dennoch in den Bestimmungen dieses Artikels eine solche Abgrenzung gegeben ist, so ist dieselbe gegenüber einer anderweiten bisherigen Uebung der Praxis als eine auf dem Boden des positiven Gesetzes stehende, somit zwingende, anzusehen. Wo also hier ausdrücklich und unzweideutig die Zuweisung einer Streitsache an die Kreisregierungen erfolgte, da ist die etwa bisher angenommene Zuständigkeit der Civilgerichte nunmehr zweifellos ausgeschlossen.

In Ziff. 21 — und nur diese kann im gegebenen Fall in Betracht kommen — ist diese Zuweisung an die Kreisregierung als Verwaltungsgericht erfolgt bezüglich der Streitsachen

> „über das von einer Gemeinde oder von Einzelnen in Anspruch genommene Recht auf Benützung eines öffentlichen Wegs, einschließlich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen zukommt."

Hienach sind den Verwaltungsgerichten vorbehalten die Streitfälle 1) über das in der Klage beanspruchte Recht auf Benützung eines öffentlichen Wegs d. h. über das Bestehen, die Art und den Umfang dieses Rechts, 2) über die Qualität eines Wegs als eines öffentlichen — nicht aber über die hier vorliegende Streitfrage, ob die Gemeinde oder ein einzelner der Eigentümer eines bestimmten, wenn auch am Ortsweg gelegenen Platzes sei, denn diese Frage ist eine rein privatrechtliche und als solche in den oben citierten Entscheidungen des obersten Civil- und Administrativgerichtshofs [2]) übereinstimmend aner-

---

1) s. Hohl, a. a. O., S. 48 und 127.

2) Gbl. III. 298, württ. Archiv, XV. 249, 251.

kannt mit ganz ausschließlicher Zuständigkeit der Civilgerichte. Die zu Ziff. 1 und 2 bezeichneten Streitfragen dagegen gehören an sich schon dem öffentlichen Recht an, und es ist ihre Entscheidung vor der Verwaltungsjustiz überhaupt erst möglich, wenn das Eigentum der in Frage kommenden Bodenfläche unbestritten und unzweifelhaft ist oder andernfalls erst, wenn der Civilrichter zuvor die Entscheidung gegen den sein Eigentum daran behauptenden Kläger getroffen hat. Vorliegend steht aber in erster Linie nur die Frage zur Entscheidung, ob der Kläger Eigentümer des Platzes und als solcher befugt sei, dem Beklagten die Mitbenützung zu verbieten; — dieses ist ein ausschließlicher Privatrechtsstreit und betrifft in keiner Richtung die in Ziff. 21 des Art. 10 den Verwaltungsgerichten zugewiesene Materie. Allerdings beansprucht der Beklagte die Mitbenützung unter dem Titel einer aus dem öffentlichen Recht stammenden Befugnis und darüber, wie und von wem ein öffentlicher Weg benützt werden darf, hat nach jener Ziff. 21 der Verwaltungsrichter zu entscheiden. Allein dieses ist nicht der Streitgegenstand in dem konkreten Fall; es handelt sich nicht darum, ob und wie Beklagter, falls der Platz ein der Gemeinde gehöriger Teil des Ortswegs wäre, denselben benützen dürfe, ferner nicht um einen Streit zwischen dem unbestrittenen Eigentümer des Platzes und der Gemeinde, bezw. einem Ortsbewohner, welche sich das Recht der Benützung des Platzes als eines öffentlichen Wegs zuschreiben, sondern nur um die einzig in das Gebiet des Privatrechts fallende Eigentumsfrage an diesem Platze. Es ist ferner nicht negatorisch auf Freiheit des etwa unbestritten im klägerischen Eigentum stehenden Platzes von der Belastung mit einer öffentlich-rechtlichen Wegservitut geklagt, ebensowenig ist konfessorisch die Belastung des Platzes als eines Privatgrundstücks mit einem öffentlichen Weg geltend gemacht, — welche beide Arten von Klagen nunmehr allerdings, weil im Sinn der Ziff. 21 des Art. 10 eine „Streitsache über das beanspruchte Recht auf Benützung eines öffentlichen Wegs" darstellend, in die Kompetenz der Verwaltungsgerichte fallen. Die Klage geht einzig auf Anerkennung des klägerischen Privat-

eigentums an diesem Platz und auf Schutz desselben gegen die Eingriffe des Beklagten, eben dieses Privateigentum des Klägers wird von jenem bestritten, und so hatte der Kläger auch gar keine Veranlassung, die Freiheit seines an sich schon in seiner Existenz bestrittenen Eigentums von der Belastung mit einem öffentlichen Wegerecht zu behaupten und zu verfolgen, wie er dieses in Wirklichkeit auch nicht gethan hat. Hieran wird auch dadurch, daß der Beklagte in zweiter Linie und für den Fall, daß der Kläger etwa sein Eigentum an dem Platz erweisen sollte, das Bestehen einer öffentlich-rechtlichen Wegdienstbarkeit an diesem eventuellen Eigentum des Klägers einredeweise geltend machte, in keiner Hinsicht für die Zuständigkeitsfrage etwas geändert, da auch mit dieser Eventualbehauptung das vom Kläger beanspruchte Eigentum bestritten wird und dieselbe eine Entscheidung über diese ausschließliche Privatrechtsfrage nicht überflüssig macht.

So steht vor allem der Wortlaut der Gesetzesbestimmung in Ziff. 21 ihrer Anwendung auf die vorliegende Negatorienklage entgegen; noch deutlicher ergibt sich das Nichtzutreffen derselben aber aus den Gesetzesmaterialien, in welchen im Zweifelsfall die richtige Auslegung zu suchen wäre. In den Motiven ist ausgeführt:

> nach der Ziff. 21 soll die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet sein nicht nur im Fall, wo es sich um das Recht der Benützung und den Umfang dieses Rechts hinsichtlich eines unbestrittenermaßen öffentlichen Wegs handelt, sondern auch im Streitfalle darüber, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen zukommt. Hiedurch wird im Anschluß an die frühere konstante Praxis der Gerichts- und Verwaltungsjustizbehörden und abweichend von neueren Entscheidungen des Obertribunals (w. Archiv, XV. S. 248) die verwaltungsrichterliche Zuständigkeit aufrechterhalten auch für diejenigen Fälle, in welchen ein Grundeigentümer die Belastung seines Eigentums mit der Duldung eines öffentlichen Wegs bestreitet, da es in

den Fällen dieser Art um eine Belastung des Privateigentums aus Gründen des öffentlichen Rechts sich handelt [1]).

Hier ist unsere obige Auffassung und Auslegung der Ziff. 21 des Art. 10 klar und unzweideutig bestätigt, daß nemlich die Fälle, in welchen, wie hier, das Eigentum des Klägers an dem Platz bestritten ist, nicht hierunter fallen, denn es wird von der Belastung des Eigentums, also des anerkannten, feststehenden Privateigentums mit einer Wegservitut, ferner vom Recht der Benützung und dem Umfang derselben hinsichtlich eines unbestrittenen öffentlichen Wegs gesprochen, und endlich wird hingewiesen auf eine diesfallsige konstante Praxis der Gerichts- und Verwaltungsjustiz, wie sie früher bestand und neuerdings vom Obertribunal verlassen wurde. Nun bestand jene konstante Praxis nach dem früher Ausgeführten gerade für die Fälle der negatorischen Klage, wo das Eigentum ein bestrittenes war, und die bemerkte Abweichung trat nur bezüglich der im Gbl. V. S. 276 und württ. Archiv XV. S. 248 angeführten Fälle ein, wo nicht, wie hier, das Eigentum des Negatorienklägers bestritten war, sondern nur die Benützung eines auf anerkanntem Privateigentum zufolge öffentlich-rechtlicher Dienstbarkeit beanspruchten Wegs. In einem Fall der hier gegebenen Art war die Rechtsprechung der Justiz und Verwaltung stets die gleiche geblieben und die ausschließliche Kompetenz der Civilgerichte niemals geleugnet, es kann sich somit die Bemerkung der Motive auch nicht auf Fälle dieser Art beziehen.

Ganz dieselbe Auffassung ist in dem Kommissionsbericht zu Ziff. 21 des Art. 10 vertreten. Es werden daselbst [2]) die Streitigkeiten über das Recht der Benützung, sowie über den Umfang des Benützungsrechts eines öffentlichen Wegs nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts auf Grund feststehender Praxis als Gegenstand der Administrativrechtsprechung erklärt, und dann wird auf die nur bezüglich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Weges zukomme, schwankende Praxis der späteren Zeit hingewiesen; die gegenüber

1) s. Hohl, a. a. O. S. 52.
2) s. Hohl, a. a. O. S. 138.

früherer Praxis für die Zuständigkeit der Civilgerichte diesfalls sich aussprechende Entscheidung des Obertribunals vom 21. Februar 1872 (Gbl. V. S. 276) wird sodann beleuchtet und unter Hinweisung auf die gegenteiligen Ausführungen im Gbl. VI. S. 36 und württ. Archiv XV. S. 249, sowie im Hinblick auf Zweckmäßigkeitsgründe die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters für begründet erachtet. Hiebei wird ausdrücklich hervorgehoben, daß nur jene negatorische Klage, mit welcher die Freiheit des Grundeigentums von der Belastung durch einen öffentlichen Weg, bezw. jene konfessorische Klage, mit welcher die Belastung eines Privatgrundstücks mit einem öffentlichen Wege geltend gemacht wird, der verwaltungsrichterlichen Kompetenz zufallen solle. Sowohl durch diese Ausführung, als durch Bezugnahme auf die allegierten Entscheidungen im Gbl. VI. S. 36 und württ. Archiv, XV. S. 249 ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß für einen Fall der vorliegenden Art, wo in erster Linie das Eigentum des vom Beklagten zur Wegbenützung beanspruchten Platzes im Streite ist, keinenfalls die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters vindiziert werden wollte. Denn die Belastung eines Privatgrundstücks mit einer öffentlichen Wegservitut kann der Natur der Sache nach doch, erst dann in Frage kommen, wenn das Privatgrundstück als solches anerkannt ist, und wie schon oben Seite 87 und 88 ausgeführt wurde, ist gerade in jenen citierten Ausführungen für einen Streitfall mit bestrittenem Eigentum die civilgerichtliche Zuständigkeit im Gegensatz zu den Fällen, wo auf einem unbestrittenen Privateigentum ein Wegrecht beansprucht wird, ausdrücklich als unzweifelhaft hingestellt worden.

Also weder der Gesetzestext, noch die Motive und der Kommissionsbericht zu Ziff. 21 des Art. 10 des Gesetzes über Verwaltungsrechtspflege statuieren die Kompetenz der Verwaltungsjustiz für eine Negatorienklage, welcher gegenüber der Beklagte das Eigentum des Klägers läugnet und mit der Behauptung, es sei ein öffentlicher Platz oder Weg, das Eigentum der Gemeinde vorschützt, im Gegenteil sprechen sich die Motive und der Kommissionsbericht implicite in der unzweifelhaftesten Weise dies-

falls für die civilgerichtliche Zuständigkeit aus. Es kann deshalb der Auffassung Langs in seinem Supplement zum Sachenrecht S. 33 nicht beigepflichtet werden und dieses umsoweniger, als derselbe für diese seiner früheren Lehre im Handbuch des Sachenrechts entgegengesetzte Auffassung sich lediglich auf die Ziff. 21 des Art. 10 des citierten Gesetzes nebst Motiven und Kommissionsbericht beruft.

Scheiden demgemäß die genannten Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege von der Entscheidung der Zuständigkeitsfrage für eine Negatorienklage der vorliegenden Art aus, so stehen wir wieder auf dem Standpunkt der Rechtsprechung vor der Zeit dieses Gesetzes und begegnen der oben geschilderten übereinstimmenden Praxis des vormaligen Obertribunals und des Geheimen Rats, welche in den im Gbl., III. S. 298 und württ. Archiv, XV. S. 251 angeführten Entscheidungen ihren gleichlautenden Ausdruck in der ausschließlichen Anerkennung der civilrichterlichen Zuständigkeit gefunden hat. Es ist übrigens auch neuerdings seit der Wirksamkeit des vorgenannten Gesetzes in einer im Gerichtsblatt XVIII. S. 379 ff. enthaltenen Ausführung als entscheidendes Moment für die Zuständigkeitsfrage die Thatsache erklärt, wie der Klaganspruch geltend gemacht und begründet wird, und weiterhin die Durchführbarkeit des Anspruchs als Gegenstand der materiellen Würdigung seitens des zuständigen Richters bezeichnet sowie angenommen worden, daß die Zuständigkeit dadurch nicht rückwärts aufgehoben werde, wenn bei der Prüfung des als privatrechtlich erhobenen Anspruchs sich ergebe, daß derselbe als solcher nicht bestehe und daß dieses Prüfungsresultat nur zur Abweisung des Anspruchs, nicht aber zur Unzuständigkeitserklärung führen könne. Dieselbe Ansicht findet sich in einer Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 5. März 1885 in der Berufungssache der Gemeinde F. gegen die Standesherrschaft P.—L. mit der näheren Begründung, daß die im Urteil I. Instanz gegebene Entscheidung darüber, ob nach den zur Klagebegründung vorgebrachten konkreten Thatsachen ein privatrechtlicher Anspruch als materiell begründet

sich darstelle, nicht als Entscheidung über das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung, nämlich über die Zulässigkeit des Rechtswegs, bezw. die Zuständigkeit des Civilrichters angesehen werden könne, sondern als eine durch materielles Urteil erfolgte Entscheidung über das Bestehen des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs als eines privatrechtlichen. Dieselbe konstante Praxis hat sich in der Rechtsprechung der Verwaltungsjustiz erhalten, wie aus einem im württ. Archiv Bd. XXI S. 293 citierten Erkenntnis der Kreisregierung zu R. erhellt; es ist darin gesagt: ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers, daß die Verbindlichkeit, die als öffentlichrechtlich bezeichnet wird, im Privatrecht ihren Grund hat, so liegt ein, der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts anheimfallender Anspruch nicht vor [1]).

VII.

Beitrag zur Lehre vom Gesinderechte.

Von
Landgerichtsdirektor Dr. v. Lang zu Rottweil.

Von einzelnen Lehrern des gemeinen Rechts ist der Rechtssatz aufgestellt worden, daß, wenn ein Dienstbote ohne Grund den Dienst verlasse, derselbe seinen Anspruch auf den rückständigen Lohn verliere [2]), während nach der richtigeren Ansicht

1) Vgl. auch Sarwey, das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege S. 339 und S. 661 u. ff. (Anm d. Red. Die cit. Entscheidung der Kreisregierung nimmt übrigens an, daß, wenn der Kläger die privatrechtl. Verbindlichkeit unrichtiger Weise als öffentlich-rechtliche bezeichne, der Verwaltungsrichter seine Unzuständigkeit auszusprechen habe.)

2) Vgl. die bei Griesinger, Komm. IV, S. 986, Anm. o. a. E. Citierten.

dies nur in einzelnen Partikular-Rechten festgesetzt ist, nicht als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt [1]).

Zu diesen Partikular-Rechten zählen auf Grund von Landrecht II, 17, § 8 unsere Rechtslehrer auch das württembergische Recht [2]), jedoch nach dem Folgenden mit Unrecht.

Bei der Civilkammer des königl. Landgerichts zu Rottweil waren nämlich in neuester Zeit zwei solcher Fälle (infolge von Berufung) anhängig und wurde in beiden Fällen diese Frage verneint und zwar aus folgenden Gründen:

„Ein Landrechtssatz, demzufolge der Dienstherr bei ungerechtfertigtem Austritt des Gesindes den rückständigen Lohn ganz oder doch für den Teil des laufenden Ziels, in welchem der ausgetretene Dienstbote noch wirklich im Dienst war, einbehalten kann, existiert nicht; er würde mit dem allgemeinen Grundsatz, daß die Verletzung eines Vertrages zur Leistung des Interesses, zum Schadenersatz verpflichtet, und mit der gemeinrechtlichen Regelung des Gesindevertrags in Widerspruch stehen, während die Geschichte und der Wortlaut des § 8 des 17. Titels des zweiten Teiles des Landrechts zur Annahme einer solchen eigentümlichen Abweichung von den Grundsätzen der locatio conductio keineswegs nötigen.

Der angegebene § 8 bestimmt in seinem ersten Satze annähernd wörtlich:

„Unsere Amtleute sollen die ohne Ursach aus dem Dienst gehenden Knechte oder Mägde auf Anrufen des Herrn handhaben u. verglübden, ihm auszudienen oder den verursachten Schaden nach Billigkeit abzulegen",

und übereinstimmend verordnete das I. und II. Landrecht:

1) Siehe die von Griesinger a. a O. Eingangs Angeführten und Stobbe, d. Pr. R. III S. 271.

2) Vgl. Griesinger a. a. O., Reinhart, Komm. S. 223, Anm. 4, Weishaar § 1131, Hegler S. 147. Reyscher § 453, Note 13, bezieht dies für den zweiten Fall des § 8 nur auf den laufenden Lohn, nicht auf Rückstände früherer Quartale, während er dann, wenn der Dienstherr den Dienstboten wieder annehmen will, ganz gegen den Wortlaut des § 8 Abs. 1 Ersterem sogar das Innebehaltungsrecht des ganzen Lohns, auch früherer Quartale, gestatten will.

„Der Herr mag sie durch unsere Amtsleute handhaben und beheﬀten, bis sie ihm den Dienst ausdienen oder ihm den Schaden abtragen;“ hienach ist also die Folge der Vertragsverletzung, wie nach gemeinem Recht und nach §§ 167 und 168 der preußischen Gesindeordnung, Zwang zum Weiterdienen oder zum Schadenersatz. Der angebliche Rechtssatz kann also nur aus dem zweiten Satze des § 8 gefolgert werden, welcher im III. Landrecht wörtlich lautet:

> „So aber einer gemelte Knecht, Mägd oder Taglöhner nicht verbieten lassen noch wieder in Dienst oder Arbeit annehmen wollt, ist er nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben, und sollen daneben dieselbige ungetreue Diener und Arbeiter durch unsere Amtleute gebührlich gestraft werden.“

Hätte dieser Satz den Sinn, daß die Herrschaft bei ungerechtfertigtem, vorzeitigem Austritt den rückständigen Gesindelohn behalten kann, wenn sie nicht auf der Fortsetzung des Vertrages zu bestehen vorzieht, so würde er mit dem ersten Satz in direktem Widerspruch stehen, insofern der Vertragsbruch des Dienstboten — abgesehen von der Verpflichtung desselben zum Weiterdienen — eben nicht Schadenersatz, sondern statt desselben Einbehaltung des rückständigen Gesindelohnes zur Folge haben sollte; ein solcher Widerspruch ist nicht zu vermuten und auch nicht vorhanden, wenn die Anfangsworte: „so aber einer gemelte Knecht nicht verbieten lassen, noch wieder in Dienst oder Arbeit annehmen wollt“ genügend beachtet werden, und weiter erwogen wird, daß die Stelle nicht von „rückständigem Lohn“ spricht, sondern nur sagt: „ist er nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben.“

Der erste Satz hatte ausgesprochen, der Dienstherr könne den vertragsbrüchigen Dienstboten obrigkeitlich zum Ausdienen oder zum Schadenersatz zwingen lassen. In dem Worte „oder“ war bereits das Wahlrecht des Dienstherrn gegeben; gegen die Statuierung desselben erhob sich aber der Einwand, ob nicht der Dienstherr verpflichtet sei, den vertragsbrüchigen, aber in den Dienst zurückkehrenden Dienstboten wieder anzu-

nehmen und fernerhin zu belohnen, weil der Vertragsbruch den Vertrag nicht aufhebt und der locator operarum seines Lohnanspruches dadurch nicht verlustig geht, daß der Mieter die ihm zur Verfügung gestellten Dienste nicht abnimmt.

Dieser Einwand wurde im zweiten Satze in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht des Gesindevertrages dahin erledigt: „Der Dienstherr, der die ungetreuen Arbeiter nicht wieder in seine Dienste annehmen will, ist nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben, d. h. nicht schuldig, den Vertrag für die Zukunft einzuhalten; diese Auslegung wird durch den abweichenden Wortlaut des I. und II. Landrechts nicht widerlegt, sondern eher bestätigt. Dort hieß es: „wäre aber einem niet gelegen, sie also zu behafften und in Dienst ferner anzunehmen, so soll er ihnen doch umb vergangenen Lohn zu geben nit schuldig sein." Die Gründe der Veränderung dieser Worte, deren Bedeutung dahingestellt bleiben kann, in die Worte: „ist er nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben", sind aus den Materialien des dritten Landrechts nicht ersichtlich; diese Veränderung ist aber so eingreifend, daß als Zweck und jedenfalls als Folge derselben eine Veränderung des Sinnes des vorliegenden Gesetzes angenommen werden muß. Die gegebene Interpretation wird weiter in hervorragender Weise bekräftigt durch den ganzen Inhalt der auf Befehl des Königs am 27. Oktober 1819 veröffentlichten Gesindeordnung für die Residenzstadt Stuttgart. — Es kann dahin stehen, ob diese Gesindeordnung gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Geltung hat, jedenfalls ist sie für die an maßgebender Stelle über die Bestimmungen des Landrechts herrschende Auffassung bedeutend, da in derselben — wie die Eingangsworte lauten — „nicht sowohl eine neue Gesetzgebung, als vielmehr eine Zusammenstellung der bereits in den Gesetzen enthaltenen oder durch Herkommen eingeführten oder sonst auf allgemein anerkannten rechtlichen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen über das Verhältnis zwischen Herrschaft und Gesinde mit besonderer Berücksichtigung der Lokalität der Residenzstadt gegeben ist." Diese Gesindeordnung enthält nun in völliger

Uebereinstimmung mit den §§ 117, 136, 150, 152, 161, 167, 168 der preußischen Gesindeordnung vom 8. November 1810 für die 4 möglichen Fälle der sofortigen Auflösung eines Gesindevertrags vor Ablauf der Dienstzeit und ohne vorherige gesetzmäßige Aufkündigung folgende Bestimmung:

1. wenn der Dienstherr das Gesinde aus rechtmäßigen Ursachen, als welche z. B. in § 82 Ziff. 1 und 4 Thätlichkeiten gegen die Herrschaft und Diebstahl zum Nachteil derselben aufgeführt wird, entläßt, so kann nach § 87 der Dienstbote Lohn und Kost oder Kostgeld nur nach Verhältnis der Zeit fordern, wo er wirklich gedient hat;

2. wenn das Gesinde den Dienst aus rechtmäßigen Ursachen verläßt, muß ihm nach § 89 Lohn und Kost für das laufende Vierteljahr, bezw. wenn er monatlich gemietet worden ist, auf den laufenden Monat vergütet werden;

3. wenn die Herrschaft das Gesinde ohne rechtmäßige Ursachen entläßt, so ist sie nach § 94 schuldig, denselben für die noch rückständige Dienstzeit den Lohn zu entrichten und Kost zu besorgen;

4. wenn das Gesinde ohne Ursache austritt, so bestimmen: § 97: „der Dienstbote, welcher vor Ablauf der Dienstzeit ohne gesetzmäßige Ursache den Dienst verläßt, muß durch Zwangsmittel zu dessen Fortsetzung und zum Ersatze alles durch seinen Dienstaustritt verursachten Schadens angehalten werden", § 98: will aber die Herrschaft einen solchen Dienstboten nicht wieder annehmen, so ist sie berechtigt, einen andern an seine Stelle zu mieten, und der ausgetretene Dienstbote ist ihr zu ersetzen schuldig, was sie bis zum Ablauf seiner Dienstzeit auf den neuangenommenen Dienstboten mehr, als jener bezogen hätte, verwenden muß."

Gerade im Fall 4 schweigt die Stuttgarter und preußische Gesindeordnung darüber, wie es mit dem Lohn gehalten werden soll. Daraus kann nicht als Sinn des Gesetzes folgen, daß diesfalls die Herrschaft den rückständigen Lohn ganz oder zum Teil einbehalten darf, und zwar schon deshalb nicht, weil dann der ohne Ursache austretende Dienstbote in zweifacher

Richtung härter behandelt würde, als der Dienstbote, der wegen Mißhandlung seiner Herrschaft oder wegen Diebstahls entlassen wird; letzterer nämlich hat Lohn für die wirkliche Dienstzeit zu beanspruchen und ist für den Mehraufwand seiner Herrschaft durch Neuanstellung eines anderen Dienstboten nicht ersatzpflichtig, während nach der als unrichtig bezeichneten Ansicht der ohne Ursache austretende seinen restlichen Lohn liegen lassen und außerdem Schadenersatz leisten müßte.

Gerade die ausdrückliche Statuierung der Schadenersatzpflicht beweist, daß damit die Rechtsfolgen des ungerechtfertigten Austritts — abgesehen von polizeilicher Behandlung und Strafe — erschöpft sein sollen, und im übrigen die allgemeinen Grundsätze eintreten, nach welchen der austretende Dienstbote den ganzen Lohn für die wirkliche Dienstzeit verlangen kann."

Hienach ist das Resultat der Auslegung des Landrechts II, 17, § 8 in Kürze das:

Wenn ein Dienstbote den Dienst ohne Grund verläßt, so kann der Dienstherr ihn gerichtlich durch Strafe dazu anhalten lassen, daß er den Dienst aushalte oder aber Schadenersatz bezahle, in welchem Falle er aber, wenn der Dienstbote sich rechtzeitig noch zu Fortsetzung des Dienstes erbietet, hiemit zufrieden sein muß. Will er aber sich letzterem nicht aussetzen, sondern den Dienstboten in keinem Fall mehr annehmen, so hat er den Lohn bis zum Austritt zu zahlen und hat er keinen Anspruch auf Zurückbehaltung, ebenso wenig der Dienstbote auf Zahlung des Lohns bis zu dem Ziel, auf welches ihm von dem Herrn hätte gekündigt werden können; es ist vielmehr Letzterer noch einen etwaigen Schaden zu ersetzen pflichtig.

VIII.

Kann ein Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, wenn der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit der

ausgebliebenen Partei nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt worden ist?

Von

stellv. Amtsrichter Dr. Oesterlen in Stuttgart.

Die meisten Gerichte pflegen in denjenigen Fällen, in welchen ein Urteil nur auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, bei Ausbleiben einer Partei von der erschienenen Partei gemäß § 300 Ziff. 3 der C.P.O. den Nachweis zu verlangen, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit dem ausgebliebenen Gegner rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt worden ist. Auch sämtliche Kommentatoren der C.P.O. nehmen in seltener Uebereinstimmung an, daß die Vorschrift der Ziff. 3 des § 300 auch für den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gelte [1]). Dagegen ist in der sonstigen Litteratur schon wiederholt auf die erheblichen Bedenken, welche dieser Ansicht entgegenstehen, hingewiesen worden [2]).

Die Frage wird insbesondere im amtsgerichtlichen Verfahren sehr häufig praktisch, da in den von den Parteien selbst angefertigten Klagschriften der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit oft fehlt, und außerdem, wenn ein Zahlungsbefehl vorausgegangen ist, dem Beklagten in der Regel überhaupt keine Klage, sondern gemäß § 636 der C.P.O. nur eine Ladung zugestellt wird [3]). Aber auch im landgerichtlichen Verfahren wird bei Ausbleiben einer Partei nicht selten vorläufige Vollstreckbarkeit beantragt werden, ohne daß dieser Antrag bereits in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten war, ja, es sind hier sogar Fälle denkbar, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit erst unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung zu-

1) z. B. Gaupp, Bd. III S. 140, Wilmowski-Levy, S. 827, Struckmann-Koch, S. 598, Endemann, Bd. II S. 91 und 158.

2) Brettner in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. I S. 137, Tränkner daselbst Bd. VII S. 257, Obermayer in den Blättern für Rechtsanwendung in Bayern, Bd. 47 S. 258.

3) Ueber die Frage, ob in diesem Falle überhaupt ein Versäumnisurteil erlassen werden kann, vgl. Busch, Bd. XI. S. 108.

lässig wird, so daß eine Zustellung jenes Antrags nicht mehr möglich ist, z. B. wenn der Kläger nach der Klagzustellung teilweise befriedigt wird, und deshalb der Gegenstand der Verurteilung den Betrag von 300 Mark nicht mehr übersteigt, oder wenn erst nach der Klagerhebung Umstände eintreten, welche dem Gläubiger die Glaubhaftmachung ermöglichen, daß die Aussetzung der Vollstreckung demselben einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachteil bringen würde.

Die Entscheidung der Frage hängt einzig von der Auslegung der Ziff. 3 des § 300 der C.P.O. ab.

Diese Bestimmung lautet:

„Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurteils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

3) wenn der nicht erschienenen Partei ein thatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt war."

Nach dem Wortlaute dieser Bestimmung sollte man meinen, daß dieselbe für Anträge jeder Art, und gleichmäßig im Versäumnisverfahren gegen Kläger und Beklagten gelte. Allein trotz des allgemeinen Wortlauts kann die Vorschrift nur mit zwei wichtigen Einschränkungen Anwendung finden.

Vor allem bezieht sich dieselbe nur auf Anträge des Klägers, nicht auch auf diejenigen des Beklagten.

Die Ziff. 3 des § 300 steht nämlich im engsten Zusammenhang mit § 296 der C.P.O. Nach dieser Bestimmung ist beim Ausbleiben des Beklagten das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen, und der Richter hat zu prüfen, ob diese Thatsachen geeignet sind, den Klageantrag zu rechtfertigen. Es dürfen aber gemäß § 300 Z. 3 nur solche Anträge gestellt werden, welche dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt worden sind, und ebenso müssen die Thatsachen, welche zur Begründung dieser Anträge vorgetragen werden, in einem dem Beklagten ordnungsmäßig zugestellten Schriftsatze enthalten sein. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so ist der Antrag auf Versäumnisurteil durch Beschluß abzu-

lehnen, ohne daß es einer Untersuchung bedarf, ob die Klage schlüssig ist oder nicht. Dagegen wird im Versäumnisverfahren gegen den Kläger gemäß § 295 der C.P.O. die Klage abgewiesen, ohne daß der Beklagte zur Begründung dieses Antrags irgend welche Thatsachen vorzubringen hat, und es kann deshalb von dem Beklagten auch nicht der Nachweis gefordert werden, daß er sein thatsächliches Vorbringen dem Kläger rechtzeitig zugestellt habe. Hieraus folgt zwar nicht ohne weiteres, daß auch der zweite Teil jener Vorschrift, wonach die Anträge der ausgebliebenen Partei zugestellt sein müssen, bei Ausbleiben des Klägers ebenfalls keine Anwendung finden kann, denn an sich wäre denkbar, daß zwar der Antrag auf Klagabweisung, dagegen nicht das thatsächliche Vorbringen des Beklagten dem Kläger zugestellt sein muß. Wohl aber ergibt sich das mit Notwendigkeit aus den Grundsätzen, welche die C.P.O. für die vorbereitenden Schriftsätze aufstellt. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Schriftsätzen, nemlich solche mit bestimmendem Inhalt, d. h. Schriftsätze, welche zur Vornahme bestimmter prozessualischer Handlungen absolut vorgeschrieben sind, und die eigentlichen vorbereitenden Schriftsätze, welche lediglich die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung bezwecken. Auf sämtliche Schriftsätze der letzteren Art, zu welchen insbesondere die Klagbeantwortung gehört, bezieht sich die Vorschrift des § 120, daß die Unterlassung des Schriftenwechsels keine Rechtsnachteile in der Sache selbst zur Folge habe. Diese Unterlassung kann vielmehr höchstens dazu führen, daß die Verhandlung auf Kosten der säumigen Partei vertagt wird, wenn sich der Gegner über die in der mündlichen Verhandlung neu gestellten Anträge und neu vorgebrachten Thatsachen nicht zu erklären vermag; jede andere Folge, und insbesondere auch die Ablehnung des Antrags auf Versäumnisurteil wäre als ein Rechtsnachteil in der Sache selbst anzusehen [1]).

1) Da sich die Bestimmung des § 120 nur auf die eigentlichen vorbereitenden Schriftsätze, dagegen die Ziff. 3 des § 300 nur auf Schriftsätze mit bestimmendem Inhalte bezieht, wird von der Mehrzahl der Schriftsteller mit Recht angenommen, daß zwischen diesen beiden Bestim-

Der Antrag des Beklagten, die Klage durch Versäumnisurteil abzuweisen, darf also nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil der Antrag auf Klagabweisung dem ausgebliebenen Kläger nicht rechtzeitig in einer Klagbeantwortungsschrift zugestellt worden ist. Nun ist aber der einzige Grund, aus welchem nach der herrschenden Meinung der ausgebliebenen Partei der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit rechtzeitig mitgeteilt werden muß, daß dieser Antrag als ein Bestandteil des in der Sache selbst gestellten Antrags angesehen, und deshalb den für diesen Antrag geltenden Vorschriften unterworfen wird. Wenn daher der Antrag auf Klagabweisung dem ausgebliebenen Kläger nicht zugestellt sein muß, so muß derselbe Grundsatz auch für den Antrag, das klagabweisende Versäumnisurteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, gelten [1]).

Eine weitere Beschränkung der in Z. 3 des § 300 enthaltenen Vorschrift besteht darin, daß dieselbe nicht für Anträge jeder Art, sondern nur für die sogenannte Sachpetita gilt.

Unter Sachpetitum wird verstanden der Antrag auf Zuerkennung und Aberkennung von Rechten, d. h. der Antrag auf Verurteilung, bezw. Feststellung, und der Antrag auf Klagabweisung. Da jedoch auf den letzteren Antrag die Ziff. 3 des § 300 aus den bereits angeführten Gründen keine Anwendung findet, so kommt hier nur der Antrag auf Verurteilung bezw. Feststellung in Betracht.

mungen kein Zusammenhang besteht (z B. Petersen I. S. 313, Seuffert S. 153, Struckmann-Koch S. 125, Gaupp I. S. 352). Nur Wilmowski-Levy S. 182 nimmt an, daß die Ziff. 3 des § 300 eine Ausnahme von der Vorschrift des § 120 enthalte. Auch in den Motiven zur C.P.O. (vgl. Hahn, Materialien zur C.P.O. S. 255, 294 u. 296) ist wiederholt ausgesprochen, daß die Ziff. 3 des § 300 nur für die Klage und die Berufungsschrift, bezw. für die Nachträge zu diesen Schriftsätzen gelte, und wird demgemäß ein Zusammenhang dieser Bestimmung mit § 120 der C.P.O. verneint.

1) Auf die weitere Streitfrage, ob überhaupt ein klagabweisendes Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt werden kann, soll hier nicht eingegangen werden. Uebrigens dürfte die Frage schon mit Rücksicht auf die unbedingt gebotene Gleichstellung beider Parteien zu bejahen sein. Vgl Gruchot, Beiträge Bd. 27 S. 14 ff.

Den Gegensatz zu den Sachanträgen bilden Gesuche rein prozessualischer Natur, wie Anträge auf Vertagung, Beweisanträge u. s. w.

Die C.P.O. enthält nun eine Reihe von Bestimmungen, welche unbestrittenermaßen nur für die Sachpetita gelten, z. B. die §§ 121 Ziff. 3, 128, 230 Ziff. 2, 269, 296. Es fragt sich daher, ob auch die Ziff. 3 des § 300 zu diesen Vorschriften gehört.

Dafür spricht vor allem der enge Zusammenhang, welcher wie bereits erwähnt wurde, zwischen der Ziff. 3 des § 300 und dem § 296 besteht. Es ist, abgesehen von den in Ziff. 1 und 2 des § 300 und in § 302 aufgeführten Fällen, undenkbar, daß aus irgend welchem Grunde die Erlassung des Versäumnisurteils abgelehnt wird, obwohl der Antrag auf Verurteilung bezw. Feststellung und die Thatsachen, welche diesen Antrag als begründet erscheinen lassen, dem Beklagten rechtzeitig mitgeteilt worden sind. Insbesondere kann dieser Antrag nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil der Kläger außer demselben noch irgend einen anderen, dem Beklagten nicht zugestellten, Antrag stellt. Denn in diesem Falle könnte doch zweifellos nur dieser weitere Antrag, dagegen nicht der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils abgelehnt werden. In § 300 ist aber nur von der Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurteil, nicht auch von der Ablehnung anderer Anträge die Rede, und hieraus ergibt sich mit Notwendigkeit, daß sich auch die Vorschrift der Ziff. 3 des § 300 nur auf solche Hindernisse bezieht, welche der Erlassung des Versäumnisurteils im Wege stehen. Ein solches Hindernis liegt aber nur dann vor, wenn das Klagpetitum, nicht aber wenn irgend ein anderer Antrag dem ausgebliebenen Beklagten nicht zugestellt worden ist.

Der § 300 bietet selbst zwei Beispiele von prozessualischen Anträgen, welche zweifellos der Zustellung nicht bedürfen, nämlich den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils und den Antrag auf Vertagung.

Daß der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils, sowie die zur Rechtfertigung dieses Antrags erforderliche That-

sache, nämlich die Thatsache des Ausbleibens des ordnungsmäßig geladenen Beklagten, diesem in einem Schriftsatze mitgeteilt werden müsse, ist noch niemals behauptet worden, und diese Ansicht wäre auch geradezu widersinnig. Dasselbe gilt aber von dem Antrage auf Vertagung, denn andernfalls wäre das Recht auf Vertagung, welches in § 300 der erschienenen Partei eingeräumt wird, fast ganz illusorisch, da in der Regel der Prozeßfehler, welcher der Erlassung des Versäumnisurteils im Wege steht, und die Partei zur Stellung des Vertagungsantrags nötigt, erst in der mündlichen Verhandlung konstatiert wird, so daß eine vorherige Zustellung des Vertagungsantrags nicht möglich ist.

Die Vorschrift der Z. 3 des § 300 ist hienach auf rein prozessualische Anträge nicht anwendbar, und hieraus folgt, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit der Zustellung nicht bedarf, wenn derselbe als ein solcher prozessualischer Antrag und nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, als ein Sachpetitum anzusehen ist. Es ist deshalb der Nachweis zu führen, daß jener Antrag nach den Grundsätzen der C.P.O. kein Sachpetitum ist.

Wenn der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit ein Sachpetitum sein soll, so muß das Recht auf vorläufige Vollstreckbarkeit ein dem Antragsteller zustehender civilrechtlicher Anspruch sein. Allein, wenn die C.P.O. in gewissen Fällen der siegenden Partei das Recht einräumt, ein Urteil vor dessen Rechtskraft zu vollstrecken, so kann hierin nichts anderes gefunden werden, als eine gesetzliche Regelung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, und die Befugniß des Gläubigers, in diesen Fällen vor Eintritt der Rechtskraft die Zwangsvollstreckung einzuleiten, ist so wenig ein neben dem zu vollstreckenden Anspruche bestehendes Recht, als die der siegenden Partei in andern Fällen zustehende Befugnis, ein Urteil nach Ablauf der Berufungsfrist vollstrecken zu lassen.

Wenn jene Befugnis ein materiell-rechtlicher Anspruch wäre, so müßten selbstverständlich sämtliche für die Sachpetita geltenden Bestimmungen, nicht nur die Ziff. 3 des § 300 auf jenen Antrag Anwendung finden. In diesem Falle wäre aber

ein Teil der Vorschriften, welche die C.P.O. für die vorläufige Vollstreckbarkeit aufstellt, völlig überflüssig, während andere Bestimmungen in einem unlösbaren Widerspruch zu anderen Vorschriften der C.P.O. stehen würden.

Ueberflüssig wäre vor allem die Vorschrift des § 654, daß § 292 Anwendung finde, wenn der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit im Urteile übergangen ist. Denn § 292 findet unbestrittenermaßen auf Sachanträge jeder Art Anwendung, und es würde deshalb keiner besonderen Vorschrift bedürfen, daß derselbe auch für den Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gelte.

Ebenso überflüssig wäre § 653, welcher vorschreibt, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit nur bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung gestellt werden könne, da sich dieser Grundsatz aus dem Mündlichkeitsprinzipe von selbst ergeben würde, wenn jener Antrag ein Sachpetitum wäre.

Andererseits würde die Vorschrift des § 648, wonach in einer Reihe von Fällen ein Urteil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, in Widerspruch stehen mit dem in § 279 aufgestellten Grundsatze, daß einer Partei nichts zugesprochen werden kann, was dieselbe nicht beantragt hat.

Ferner ließe sich die Vorschrift des § 650, welche unbestrittenermaßen auch im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten gilt, nicht vereinigen mit den in § 296 und 261 enthaltenen Bestimmungen, da nach § 296 bei Ausbleiben des Beklagten die vom Kläger zur Begründung seiner Sachanträge vorgetragenen Thatsachen als zugestanden gelten und deshalb gemäß § 261 keines weiteren Beweises bedürfen, während nach § 650 nichtsdestoweniger in gewissen Fällen eine weitere Glaubhaftmachung einzelner solcher Thatsachen notwendig wäre. Außerdem würde § 650 mit dem Grundsatze in Widerspruch stehen, daß auf Grund einer bloßen Glaubhaftmachung niemals eine definitive Entscheidung über einen materiell-rechtlichen Anspruch ergehen kann.

Ebenso unbegreiflich wäre die Vorschrift des § 651, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit zurückzuweisen sei, wenn

die Vollstreckung des Urteils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Schaden bringen würde, denn es wäre eine Singularität ohne gleichen, wenn ein an sich begründeter Anspruch lediglich aus dem Grunde abgewiesen würde, weil seine Verwirklichung einen unersetzlichen Nachteil für den Schuldner zur Folge haben würde.

Nur eine einzige Vorschrift der C.P.O. scheint für die materiell-rechtliche Natur des Anspruchs auf vorläufige Vollstreckbarkeit zu sprechen, nämlich die Bestimmung, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit den selbständigen Gegenstand einer Berufung bilden kann. In den Motiven [1]) wird jedoch dieser Grundsatz lediglich damit begründet, daß die Berufung als das geeignete Rechtsmittel erscheine, weil über die vorläufige Vollstreckbarkeit stets durch Urteil entschieden werde. Diese Begründung läßt aber nicht den mindesten Zweifel übrig, daß die Berufung in diesem Falle nur aus formellen Gründen zugelassen wurde, und daß auch die Motive die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht als einen materiell-rechtlichen Anspruch des Gläubigers ansehen. Diese Ansicht wurde auch bei der Beratung der C.P.O. von verschiedener Seite ausgesprochen, während in der Reichstagskommission ein Antrag, auch in den Fällen des § 648 die vorläufige Vollstreckbarkeit nur auf Antrag zuzulassen, weil eine von amtswegen ausgesprochene vorläufige Vollstreckbarkeit mit dem Prinzipe des § 279 in Widerspruch stehen würde, abgelehnt wurde [2]).

Aus diesen Gründen kann wohl nicht bezweifelt werden, daß der Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit kein Sachpetitum ist, und wenn diese Ansicht richtig ist, so kann die Vorschrift der Z. 3 des § 300 auf diesen Antrag keine Anwendung finden. Ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten kann daher auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, auch wenn dieser Antrag weder in der Klagschrift, noch in einem Nachtrage zu derselben enthalten war.

Gegen dieses Ergebnis könnte vielleicht noch das Bedenken

1) **Hahn**, l. c. S. 430

2) **Hahn**, l. c. S. 799, 800 und 1271.

geltend gemacht werden, daß es unbillig sei, den Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung preiszugeben, ohne daß derselbe zuvor auf diese Möglichkeit hingewiesen worden sei. Allein, wenn auf Grund der positiven Bestimmungen der C.P.O. die Zustellung jenes Antrags nicht notwendig ist, so kann sie auch nicht aus Billigkeitsgründen gefordert werden. Außerdem wird aber ein Beklagter, welcher der Klage begründete Einwendungen entgegenzusetzen hat, sich niemals aus dem Grunde vom Erscheinen in der mündlichen Verhandlung abhalten lassen, weil er meint, ein etwa ergehendes Versäumnisurteil könne nicht sofort vollstreckt werden; und ein Beklagter, welcher in der mündlichen Verhandlung erschienen wäre, um durch unbegründete Einwendungen die Erlassung des Urteils zu verzögern, wenn er die Möglichkeit der sofortigen Vollstreckbarkeit gekannt hätte, verdient keine Berücksichtigung.

IX.

Die Steuerdefraudation nach dem Tode des Defraudanten.

Von

Herrn Rechtsanwalt Dr. Hirsch in Ulm.

Das württembergische Gesetz vom 19. September 1854 betreffend die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen bedroht unter der Ueberschrift „Strafbestimmungen“ in Artikel 11 die absichtliche Verschweigung steuerpflichtigen Einkommens durch den Fassionspflichtigen neben Nachholung der verkürzten Steuer mit einer Strafe, welche im zehnfachen Betrag der hinterzogenen Steuer besteht. Der Absatz 4 des angeführten Artikels bestimmt, daß die Steuernachholung und Strafe auch dann stattfinden sollen, wenn die Thatsache, durch welche sie begründet werden, erst nach dem Tode des Schuldigen bekannt wird.

Auf Grund der letztgenannten Bestimmung des Gesetzes sind in Württemberg bis in die jüngste Zeit zahlreiche Untersuchungen wegen Einkommenssteuergefährdung geführt worden, bei welchen entweder schon zur Zeit der Einleitung der Untersuchung der Schuldige bereits verstorben war, oder bei welchen der wegen Steuerhinterziehung Beschuldigte im Laufe des Verfahrens mit Tod abgegangen ist, ohne daß diesem Umstand ein Einfluß auf den Gang des Strafverfahrens beigemessen worden ist.

Die gesetzliche Zulässigkeit dieses Vorgehens war bisher nicht beanstandet worden, weil auf Grund des Art. 11 Abs. 4 die Führung einer Untersuchung wegen Steuerhinterziehung auch nach dem Ableben des Defraudanten für gesetzmäßig erachtet wurde. Zwar bestimmt § 30 des seit dem 1. Januar 1874 in Württemberg in kraft getretenen Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich, daß eine Geldstrafe nur dann in den Nachlaß vollstreckt werden kann, wenn das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war; allein da durch Art. 2 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich die besonderen strafrechtlichen Bestimmungen der Einzelstaaten über Verletzungen der Steuergesetze aufrecht erhalten worden sind, und da nach der Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs und des Einführungsgesetzes unter die „besonderen" Bestimmungen auch Vorschriften zu rechnen sind, welche die im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuchs behandelten Materien betreffen, so sind durch den § 30 St.G.B. die Vorschriften derjenigen in dem Einführungsgesetz aufrecht erhaltenen besonderen Gesetze, welche die Festsetzung und Vollstreckung von Geldstrafen gegen den Nachlaß bezw. die Erben des Thäters gestatten, nicht außer kraft gesetzt [1]).

Allein wenn auch die Bestimmung des Art. 11 Abs. 4 des württembergischen Einkommenssteuergesetzes, welche sowohl einen materiell-rechtlichen als einen prozessualen Charakter trägt, nach ihrer materiell-rechtlichen, strafrechtlichen Seite hin als

1) Vgl. Oppenhoff, Commentar zum St.G.B., § 30 Note 6, Einf.-Ges § 2 Note 6 ff.

durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht beseitigt, sondern zweifellos noch in kraft befindlich zu erachten ist, so bedarf doch diese Vorschrift des materiellen Strafrechts, um praktisch verwirklicht werden zu können, der Möglichkeit ihrer strafprozessualen Durchführung.

Unter der Herrschaft der württembergischen Strafprozeßordnung von 1868, durch welche die strafprozessualen Bestimmungen des Einkommenssteuergesetzes nicht aufgehoben wurden, war die Zulässigkeit der Durchführung eines Strafverfahrens gegen einen verstorbenen Steuerdefraudanten einem Zweifel nicht zu unterwerfen.

Unzulässig ist aber die Führung oder Fortführung eines Steuerstrafverfahrens gegen einen Verstorbenen seit der Gesetzeskraft der Strafprozeßordnung für das deutsche Reich d. h. seit dem 1. Oktober 1879. Hierüber hat sich der erste Strafsenat des Reichsgerichts in seinem Urteil vom 19. April 1888 ausgesprochen, indem er das Urteil der Strafkammer zu Hall vom 11. Oktober 1887 in der Strafsache gegen den verstorbenen Bäcker F. R. von O. aufhob und das Strafverfahren unter Ueberbürdung der Kosten auf die königl. württembergische Staatskasse als unzulässig einstellte.

Das reichsgerichtliche Urteil (abgedruckt in Boscher, Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung Bd. XXX S. 214 ff. und oben S. 52 ff.) bietet nun Anlaß zu nachstehenden Ausführungen.

I. Wie das Reichsgericht ausführt, ist die Aburteilung eines Verstorbenen, das strafprozessuale Vorgehen gegen einen Nachlaß, eine Hinterlassenschaft unter allen Umständen unzulässig in einem gerichtlichen Verfahren, da die deutsche Reichsstrafprozeßordnung nur ein strafprozessualisches Vorgehen gegen einen lebenden Schuldigen kennt und ihr jedes Vorgehen gegen einen Verstorbenen oder gegen die Erben eines Beschuldigten wegen eines Vergehens in der Person des Erblassers fremd ist. Weil ferner auf die Uebertretung des Einkommenssteuergesetzes eine S t r a f e gesetzt ist, das heißt ein Uebel, von welchem im Prinzip d i e P e r s o n des Schuldigen getroffen werden

soll und nicht Gegenstände in dem Vermögen des Schuldigen, weil es sich sonach um das Vorgehen gegen ein bestimmtes Subjekt, nicht gegen Objekte, welche Produkte oder Mittel eines Deliktes sind, handelt, so können auch nicht die Bestimmungen der Strafprozeßordnung für das deutsche Reich betreffend das objektive Verfahren bei Einziehung von Gegenständen Anwendung finden, da diese Bestimmungen beschränkt sind auf prozessuale Handlungen in Beziehung auf Gegenstände, welche, obwohl eine Strafe nicht verhängt werden kann, gleichwohl unabhängig hievon einzuziehen oder zu vernichten sind.

II. Die Entscheidung des Reichsgerichts basiert auf der Grundlage, daß das Strafverfahren unzulässig sei, weil eine selbständige strafrechtliche Verantwortlichkeit der Erben im Einkommenssteuergesetz nicht statuiert worden sei, also die Erben auch nicht Beschuldigte seien. Daß eine selbständige kriminelle Verschuldung der Erben nicht gewollt und vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt worden ist, folgt aus den vom Reichsgericht (für welches die Rechtsbestimmungen des württembergischen Steuerstrafrechts an sich revisible Rechtsnormen nicht sein würden) hervorgehobenen Gründen mit voller Bestimmtheit. Es mag diesen Gründen nur noch beigefügt werden, daß die Erben, wenn sie selbständig verantwortlich im Sinne des Steuergesetzes sein sollten, für die noch nicht verjährte Steuerstrafe selbst dann aufzukommen hätten, wenn beim Tode des Defraudanten eine Vermögensunzulänglichkeit vorhanden wäre, und daß die uneinbringliche Geldstrafe erforderlichenfalls gegen die Erben in Freiheitsstrafe müßte verwandelt werden können; derartige Resultate sind aber in der Praxis nie gezogen worden, was wiederum einen weiteren Anhaltspunkt dafür gibt, daß die Erben des Defraudanten nicht selbst die Schuldigen im Sinne des Gesetzes sind.

III. Das Reichsgericht beschränkt seinen Ausspruch nicht darauf, daß ein Strafverfahren als unzulässig nur erscheine, wenn infolge eines Antrages auf gerichtliche Entscheidung die Sache an die Gerichte erwachse; vielmehr erklärt es auch

ein Verfahren der **Verwaltungsbehörden** gegen einen **Nachlaß** wegen Steuerhinterziehung für **unzulässig**. Denn nach dem Einführungsgesetz zur Reichsstrafprozeßordnung § 6 Ziff. 3 sind landesgesetzliche Partikularbestimmungen bezüglich des Verfahrens bei Zuwiderhandlungen gegen Steuergesetze zwar zugelassen, aber nur insoweit, als nicht die auch für die Landesgesetzgebungen maßgebend bleibenden §§ 459—463 St.P.O. entgegenstehen. Nun setzt aber der Strafbescheid der Verwaltungsbehörde im § 459 St.P.O. einen Beschuldigten d. h. eine einer strafbaren Handlung angeklagte Person voraus, welche Rechtsmittel ergreifen kann, hiernach einen lebenden Menschen. Da nun der Endzweck des Steuerstrafverfahrens vor den Verwaltungsbehörden die Erlassung eines Strafbescheids gegen den Schuldigen ist, so folgt hieraus rückwärts, daß auch das vorgängige Verfahren der Verwaltungsbehörde, weil es ja doch mit einem Strafbescheid nicht abschließen kann, gleichfalls unzulässig sein muß. Es ergibt sich daraus, daß auch ein Steuerstrafverfahren der Verwaltungsbehörde gegen einen Nachlaß nicht eröffnet werden darf, bezw. daß die Verwaltungsbehörde, wenn ihr im Laufe einer gegen einen lebenden Beschuldigten eröffneten Untersuchung das Ableben des Beschuldigten bekannt wird, sofort gehalten ist, das Verfahren unter Uebernahme der Kosten auf den Staat (R.St.P.O. § 497 Abs. 2) einzustellen. (Wenn etwa die Verwaltungsbehörde in solchen Fällen gleichwohl einen Strafbescheid erlassen würde, müßten die Beteiligten, wie in dem dem Reichsgerichtsurteil zu Grunde liegenden Fall, die Hinüberleitung der Sache ins gerichtliche Verfahren und auf diese Weise die Unzulässigkeitserklärung der Strafverfolgung herbeiführen.)

IV. Was nun die mehrfachen Fälle von Strafbescheiden betrifft, welche von den Steuerbehörden seit dem 1. Oktober 1879 gegen Hinterlassenschaften erlassen worden sind, so ist rücksichtlich aller vorweg zu sagen, daß diese Strafbescheide, weil von Hause aus gesetzlich unzulässig, niemals haben in Rechtskraft übergehen können. Denn der Strafbescheid setzt, um die Wirkung eines rechtskräftigen Strafurteils zu erlangen,

voraus, daß der Beschuldigte, d. h. der das Steuerdelikt Verübende, binnen einer Woche nach der Zustellung an ihn die zugelassenen Rechtsmittel nicht ergreift, oder daß die von ihm ergriffenen Rechtsmittel verworfen werden. Naturgemäß hat nun, wenn der Beschuldigte bei der Erlassung des Strafbescheids bereits verstorben war, eine Zustellung an den Beschuldigten nicht mehr erfolgen und also auch die Rechtskraft des Strafbescheids nicht herbeigeführt werden können. Das in seinem Schlußartikel die früheren abweichenden Bestimmungen der Steuergesetze aufhebende württembergische Fiskalstrafprozeßgesetz vom 25. August 1879, sowie die zu demselben ergangene Vollzugsanweisung des königl. Steuerkollegiums vom 22. Sept. 1879 sprechen auch mit keinem Worte davon, daß, wenn ein Steuergesetzübertreter im Laufe der Untersuchung verstirbt, die Untersuchung fortgeführt werden oder die Zustellung des Strafbescheids mit Rechtswirkung an die Erben des Uebertreters erfolgen dürfe; vielmehr bestimmt der Art. 22 dieses Gesetzes, daß die Strafbescheide dem Beschuldigten zu eröffnen oder zuzustellen sind, und der Art. 27 daselbst läßt die Vollstreckbarkeit eines Strafbescheides nur eintreten, wenn nach vorschriftsmäßiger Eröffnung der Beschuldigte sich dem Strafbescheid unterwirft, oder wenn der Beschuldigte nach Art. 23 Rechtsmittel nicht ergreift, oder wenn seine Rechtsmittel zurückgenommen oder verworfen werden. Da es hiernach selbst nach württembergischem Recht an einer Möglichkeit, die Rechtskraft bezw. Vollstreckbarkeit eines derartigen Strafbescheids herbeizuführen, fehlt, und da dieselbe durch eine an die Erben des verstorbenen Schuldigen erfolgte Zustellung nicht herbeigeführt werden kann, so braucht nicht erst darauf eingegangen zu werden, daß selbst vom Standpunkt der Steuerbehörden aus jedenfalls die Zustellung an alle Erben erforderlich wäre, um derselben Rechtswirkung zukommen zu lassen; die Steuerbehörden haben sich nämlich ab und zu damit begnügt, einem der Miterben, der hiezu von seinen übrigen Miterben ermächtigt war, den Strafbescheid zuzustellen, obwohl nach den Bestimmungen der (nach den Motiven

zum Fiskalstrafprozeßgesetz S. 9 subsidiär maßgebenden) Reichsstrafprozeßordnung die Zustellung der Straferkenntnisse nicht mit Rechtswirkung gegen den Inkulpaten an Dritte erfolgen kann, sondern die Fristen für Rechtsmittel den zu ihrer Einlegung berechtigten Verurteilten erst von der an sie selbst erfolgenden Zustellung an zu laufen beginnen [1]).

V. Wenn nun gleichwohl, entgegen der vorstehend erörterten Unzulässigkeit, von den Verwaltungsbehörden Strafbescheide gegen eine Hinterlassenschaft erlassen werden, bezw. wurden, so kommt in Frage, in welcher Weise die Betroffenen weiter vorgehen können. Dem Reichsgericht lag der normale Fall vor, daß die Zustellung an die Erben erfolgt ist und diese dann innerhalb einer Woche nach der an sie erfolgten Zustellung den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt und wiederum innerhalb einer Woche nach der in ihrer Anwesenheit erfolgten Verkündung des landgerichtlichen Urteils gegen letzteres die Revision eingelegt haben. Für solche Fälle spricht nun das Reichsgericht aus, daß zwar an sich den Erben eines Beschuldigten die Rechtsmittel nicht zustehen würden, daß aber, weil das Straferkenntnis rechtsirrtümlich die selbständige strafrechtliche Mitverantwortlichkeit der Erben für die Steuerverfehlung angenommen habe, den Erben die Rechtsmittel zugänglich sein müssen; daß dies auch um deswillen angenommen werden müsse, weil es ein anderes Mittel, um gegenüber dem unhaltbaren Erkenntnis den gesetzmäßigen Zustand herbeizuführen, nicht gäbe.

Da nun aber nach dem oben Ausgeführten eine Rechtskraft des gegen die Hinterlassenschaft ergangenen Straferkennt-

---

1) Nach einem Beschluß des III Straffenats des Reichsgerichts vom 13. Januar 1887 (Juristische Wochenschrift, 1887. Seite 183, Nr 18) soll, wenn der die Revision einlegende Angeklagte Zustellung des Urteils an seinen Verteidiger verlangt, die Revisionsbegründungsfrist erst von der Zustellung des Urteils an den Verteidiger laufen können; allein hierbei ist vorausgesetzt, daß das Urteil bereits dem Angeklagten durch Verkündung eröffnet worden war. Auch kann hieraus nicht die Zulässigkeit von Zustellungsbevollmächtigten, welche nicht Verteidiger sind, abgeleitet werden.

nisses nicht hat herbeigeführt werden können, selbst wenn die Erben, an welche die Zustellung des Straferkenntnisses erfolgt ist, Rechtsmittel nicht ergriffen haben oder ihre Beschwerde von der höheren Verwaltungsbehörde verworfen worden ist, so ist zu untersuchen, wie sich dann die Sachlage gestaltet. Es sind hier mehrere Fälle gesondert zu betrachten.

1) Ist in der Zeit seit dem 1. Oktober 1879 ein Strafbescheid gegen eine Hinterlassenschaft erlassen worden, bezüglich dessen die einwöchige Rechtsmittelfrist seit der Zustellung an die Erben bereits verstrichen ist, bezüglich dessen aber die Strafvollstreckung noch aussteht, so muß gleichwohl die Ergreifung des Rechtsmittels, die ja nach den Ausführungen des Reichsgerichts an sich nicht versagt werden kann, noch immer als zulässig erachtet werden. Denn Rechtsmittel können so lange ergriffen werden, als nicht die Rechtskraft des mit dem Rechtsmittel anzufechtenden Straferkenntnisses eingetreten ist; da nun nach dem Obigen die Rechtskraft überhaupt niemals eintreten konnte, so kann auch das Rechtsmittel nicht als verspätet eingelegt verworfen werden (umsomehr in solchen Fällen, wo der Strafbescheid nicht sämmtlichen Erben zugestellt worden ist).

2) Befindet sich die Sache bereits im Stadium der Vollstreckung des Strafbescheides in Gemäßheit des Art. 28 des Fiskalstrafprozeßgesetzes und der Art. 10—13 des Gesetzes über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich rechtlicher Ansprüche vom 18. August 1879, so kann innerhalb des hier gesetzlich zugelassenen Beschwerdeverfahrens noch geltend gemacht werden, daß der Strafbescheid wegen Mangels eines Beschuldigten, dem derselbe hätte zugestellt werden können, noch gar nicht vollstreckbar sei, wodurch die Zulässigkeit der Vollstreckung bedingt sein würde, und würde dann der Strafbescheid durch die Beschwerdeentscheidung beseitigt beziehungsweise seine Vollstreckung als unzulässig bezeichnet werden müssen. Eventuell könnte noch immer die gerichtliche Entscheidung beantragt werden, da der Antrag nach dem soeben unter Ziff. 1 Gesagten als verspätet nicht bezeichnet werden könnte. Zu erwähnen ist auch noch das formelle Bedenken, daß die Strafbescheide sich gegen die „Hin-

terlassenschaft“ zu richten pflegen, daß aber zur Zeit der Vollstreckung meist eine ruhende Erbschaft nicht mehr vorhanden ist und die gegen die „Hinterlassenschaft“ erkannte Strafe nicht ohne weiteres gegen die Erben des Schuldigen würde vollstreckt werden können.

3) Hat auf Grund eines in der Zeit nach dem 1. Okt. 1879 erlassenen Strafbescheides die Vollstreckung bereits gegen die Erben stattgefunden, so wirft sich die Frage auf, ob diese im Wege des Civilprozesses die beigetriebene Strafe (über die Steuernachholung siehe unten) vom Fiskus (beziehungsweise so weit die Korporationen in Betracht kommen, von diesen) zurückerstattet verlangen können. Diese Frage ist aber sicherlich zu bejahen. Geldstrafen dürfen nur beigetrieben werden aus rechtskräftigen und vollstreckbaren Straferkenntnissen; die Strafbescheide gegen die Verstorbenen haben überhaupt nie rechtskräftig werden und, da das Einkommensteuergesetz von 1852 eine selbständige strafrechtliche Verschuldung der Erben nicht statuiert, hat auch gegen diese auf Entrichtung einer Strafe nicht erkannt werden können. Wenn die Erben gleichwohl die von ihnen eingeforderte Strafe auf Anfordern bezahlt haben, so haben sie eine Nichtschuld bezahlt, da nur auf Grund eines rechtskräftigen und vollstreckbaren Straferkenntnisses der Einzug erfolgen durfte, vorliegend aber ohne diese Voraussetzung der Einzug erfolgt ist, und da es an einer eigenen Zahlungsverbindlichkeit der Erben fehlte, sofern eine selbständige Verantwortlichkeit der Erben gar nicht begründet war.

Begründet ist hienach die condictio sine causa oder die condictio indebiti; diese letztere wird zwar im allgemeinen versagt, wenn der Irrtum, auf Grund dessen die Nichtschuld bezahlt wird, ein Rechtsirrtum ist: allein im vorliegenden Fall, wo die Behörden bisher durchweg den Rechtsirrtum, als liege ein vollstreckbares Straferkenntnis vor, geteilt haben, muß der Rechtsirrtum des Zurückfordernden als entschuldbar bezeichnet und darum die condictio als zulässig erachtet werden; eine ungerechtfertigte Bereicherung des Fiskus liegt aber zweifellos vor, weil dieser nur rechtskräftige Strafen einzuziehen berechtigt

war, während er nicht rechtskräftige Strafen zum Einzug gebracht hat. Begründet ist überdies die in integrum restitutio ob causam metus beziehungsweise die actio quod metus causa, weil die Erben bezahlt haben in der Befürchtung der ihnen für den Fall der Nichtzahlung angedrohten zwangsweisen Beitreibung, worin ein metus majoris mali zu erblicken ist. Kam es zu einer zwangsweisen Beitreibung, so ist die condictio ob injustam causam begründet, weil eine ungerechtfertigte Leistung gegen den Willen des Leistenden von diesem erhoben ist.

In gleicher Weise wie die Geldstrafen können auch die zu Unrecht (R.St.P.O. § 497 Abs. 2) erhobenen Untersuchungskosten zurückgefordert werden, weil auch hier eine ungerechtfertigte Bereicherung des Fiskus vorliegt.

Daß, wenn die Verwaltungsbehörden vermöge der ihnen zu Gebot stehenden öffentlich rechtlichen Zwangsmittel im Verwaltungswege Beträge zu Unrecht beigetrieben haben, die Zurückforderung im Wege des Civilprozesses erfolgen kann, ist von den Gerichten anerkannt [1]).

VI. Das Reichsgericht hat in seinem oben angeführten Urteil die das Strafurteil nicht berührende Frage, ob etwa der Fiskus auf Grund des Einkommensteuergesetzes befugt sein würde, diejenige Geldsumme, welche der gegen einen lebenden Beschuldigten zu erkennenden Geldstrafe entspräche, gegen dessen Nachlaß oder Erben im Wege des Civilprozesses geltend zu machen, dahingestellt gelassen. Eine derartige Geltendmachung könnte in Betracht kommen, entweder indem dieser Civilanspruch einer nach oben V Ziff. 3 zu erhebenden Klage einredeweise entgegengesetzt würde, oder indem der Fiskus den Anspruch klagend geltend machen würde (in welchem Fall er lediglich auf die civilprozessuale Beweisführung angewiesen wäre, da ihm hier die nur zu Zwecken der Strafverfolgung zu Gebot stehenden Beweiserhebungen mittelst Beschlagnahme, Durchsuchung, Zeugenvernehmung durch die Verwaltungsbehörde rc. nicht zuständen).

1) vgl. die an das Reichsgericht erwachsene Rechtssache der Lippmann'schen Testamentsvollstrecker in Hamburg gegen die Steuerdeputation Hamburg von 1887; Seuffert's Archiv, Bd. 43, Nr. 238.

Ein derartiger Civilanspruch des Fiskus muß aber verneint werden. Dem Art. 11 des Einkommenssteuergesetzes steht die Aufschrift „Strafbestimmungen" voran; diese Aufschrift, der Wortlaut des Art. 11 Abs. 4 und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes lassen einen Zweifel darüber nicht aufkommen, daß in dem Abs. 4 nur kriminelle Bestimmungen haben getroffen werden wollen: die dem materiellen Strafrecht angehörende Bestimmung, daß der Tod des Schuldigen kein Strafausschließungsgrund sein solle; und die prozessuale Bestimmung, daß ein Strafverfahren trotz des Todes des Schuldigen eingeleitet bezw. fortgesetzt werden dürfe. Zweifellos sollten aber in jenem Absatz 4 civilrechtliche Normen nicht getroffen werden; es hat kein im Wege des Civilprozesses geltend zu machender Civilanspruch auf eine Strafe der dort normierten Höhe begründet werden wollen. Daraus ergibt sich aber, daß eine Ausnahme von dem gemeinrechtlichen und auch dem württembergischen Privatrecht angehörenden Satze, wonach das Schuldverhältnis aus strafbaren Handlungen passiv unvererblich ist, wonach Strafobligationen nicht auf die Erben des Schuldners übergehen, nicht statuiert ist, und daß darum ein derartiger Civilanspruch weder mittelst Klage noch mittelst Einrede verfolgt werden kann.

VII. Die in einem Strafbescheid getroffene Entscheidung über Nachholung der zurückgebliebenen Steuer ist nicht ein Teil des Straferkenntnisses selbst, sondern bildet eine selbständige, den Strafcharakter nicht an sich tragende Entscheidung der Steuerbehörde (Motive zu Art. 21 des Fiskalstrafprozeßgesetzes). Die bisher entwickelten Grundsätze kommen daher für die über die Steuernachholung getroffene Entscheidung nicht zur Anwendung. Vielmehr ist hierüber folgendes auszuführen.

1) Wenn auch die Bestimmung, wonach die Verhängung der Steuerstrafe auch nach dem Tode des Schuldigen zulässig sein soll, seit dem Inkrafttreten der Strafprozeßordnung für das deutsche Reich Gültigkeit nicht mehr beanspruchen kann, so wird doch hievon die weitere Bestimmung des Art. 11 Abs. 4 des Einkommenssteuergesetzes, daß der Ausspruch und Voll-

zug einer Entscheidung über Nachholung der hinterzogenen Steuer auch nach dem Tode des Defraudanten zulässig sein solle, nicht berührt und ist diese Bestimmung des württembergischen Steuerrechts als fortgültig anzusehen.

2) Insoweit daher in den nach dem 1. Oktober 1879 erlassenen Strafbescheiden gegen Verstorbene gleichzeitig auf Steuernachholung erkannt ist, ist, obwohl im Uebrigen dem Strafbescheid seine rechtliche Geltung abgesprochen werden muß, die Entscheidung in Ansehung der Steuernachholung als rechtsbeständig anzusehen. Insoweit daher hier von den Erben die zurückgebliebene Steuer bezahlt worden ist, haben sie kein indebitum bezahlt und kann hier von einer Rückforderung keine Rede sein. Zweifelhaft könnte dies nur erscheinen für die Fälle, in welchen die eine Steuernachholung verfügende Entscheidung später als drei Jahre nach der Zahlungsfälligkeit der zurückgebliebenen Steuern ergangen und eröffnet worden ist, denn nach Art. 13 Abs. 3 und 5 des Einkommenssteuergesetzes verjährt die Verpflichtung zur Steuernachholung in drei Jahren nach der Fälligkeit der zurückgebliebenen Steuer, und die Verjährung des Rechts zur Nachforderung zurückgebliebener Steuern wird nicht durch diejenigen Handlungen, welche eine Unterbrechung der Verjährung der Steuerdefraudation bewirken, sondern ausschließlich durch urkundliche Anforderung der Zahlung von Seite der Steuerverwaltung unterbrochen; gleichwohl ist eine Rückforderung ausgeschlossen, weil derjenige, welcher eine verjährte Forderung ohne Geltendmachung der eingetretenen Verjährung zahlt, kein indebitum bezahlt.

3) Insoweit dagegen solche eine Nachholung zurückgebliebener Steuern verfügende Strafbescheide, bei welchen seit der Fälligkeit der zurückgebliebenen Steuer bis zu der in der Zustellung des die Verpflichtung zur Nachzahlung aussprechenden Bescheids liegenden Anforderung zur Zahlung mehr als drei Jahre in der Mitte liegen, noch unvollzogen sind, wäre allerdings die Steuernachholung verjährt und der Schuldige zur Nachzahlung nicht mehr verpflichtet, weil die etwa zur Unterbrechung der Strafverjährung vorgenommenen Untersuchungs-

handlungen für die Verjährung der Steuernachholung nicht unterbrechend gewirkt haben. (Dies trifft in entsprechender Weise auch zu in Fällen, in welchen Strafbescheide noch nicht erlassen worden sind, und ist gleichmäßig zutreffend, ob es sich um Steuerverfehlungen noch lebender oder verstorbener Steuerdefraudanten handelt.)

4) Bei Verstorbenen beschränkt sich nach dem Ausgeführten das Recht der Steuerbehörden, da eine Bestrafung nicht mehr stattfinden kann, lediglich auf die Nachforderung der zurückgebliebenen — noch nicht verjährten — Steuer. Zur Ermittlung der Höhe der geschuldeten Steuer dürfen jedoch die Steuerbehörden von den lediglich zu strafprozessualen Zwecken ihnen zu Gebot stehenden Untersuchungshandlungen der Beschlagnahme, Durchsuchung rc. keinen Gebrauch machen, sondern sind auf die ihnen sonst zugänglichen Mittel der Wahrheitsermittlung beschränkt.

VIII. Wenn die vorstehenden Ausführungen, wonach die Aburteilung von Steuerverfehlungen Verstorbener unzulässig, ein Vorgehen im Wege des Civilprozesses gleichfalls nicht möglich und das allein übrig bleibende Recht auf Steuernachholung wegen schwieriger Beweisführung der nachzuzahlenden Summe von höchst prekärem Werte ist, richtig sind, so wird der Gesetzgebung, wenn sie nicht auf Abrügung von Steuerverfehlungen Verstorbener gänzlich verzichten will, nur die Abänderung der geltenden Rechtsbestimmungen übrig bleiben; ob in einem solchen Falle das neue Gesetz sich würde rückwirkende Kraft beilegen können, soll als zu fernab liegende Frage nicht untersucht werden [1]).

1) Die Redaktion behält sich vor, weiteren Besprechungen der den Gegenstand der vorstehenden Abhandlung bildenden Fragen Raum zu geben. Anm. d. Red d. Jahrb.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

5.

Steht dem Schuldner eine Einwendung gegen die Art der Zwangsvollstreckung mittelst Pfändung beweglicher körperlicher Sachen auch dann zu, wenn er nicht Eigentümer derselben ist, sondern solche nur im Gewahrsam hat?

Auf Antrag des Oekonomen M. wurden dem Oekonomen A. verschiedene Fahrnisstücke gepfändet. Gegen diese Pfändung erhob der letztere auf Grund des § 715 Z. 5 C.P.O. Einwendung bei dem Vollstreckungsgericht und bat um Freigabe der gepfändeten Gegenstände. Der Gläubiger M. trat diesem Antrag entgegen, indem er unter anderem behauptete, A. habe das Eigentum an jenen Gegenständen seinem Schwiegervater übertragen und könne daher die Freigabe derselben auf Grund des § 715 Z. 5, welcher sich nur auf Sachen beziehe, die dem Schuldner gehören, nicht beanspruchen. A. gab zu, daß er die fraglichen Gegenstände seinem in seinem Hause wohnenden Schwiegervater zufolge eines mit diesem abgeschlossenen Vertrages übergeben habe, allein er sei nunmehr dahin belehrt worden, daß letzterer ungiltig sei, weshalb er auf seinem Antrag beharre.

Das Vollstreckungsgericht wies die Einwendung des A. gegen die Zwangsvollstreckung zurück, indem es annahm, daß

dieser nicht mehr Eigentümer der gepfändeten Gegenstände und daher zur Erhebung einer Einwendung auf Grund des § 715 Z. 5, welcher nur die dem Schuldner eigentümlich gehörenden unentbehrlichen Inventarstücke von der Pfändung ausnehme, nicht berechtigt sei.

Auf die Beschwerde des A. beschloß das Landgericht, den Beschluß des Vollstreckungsgerichtes aufzuheben und demselben die Entscheidung darüber zu übertragen, ob die gepfändeten Gegenstände nach § 715 C.P.O. der Pfändung nicht unterworfen seien. Hiebei ging das Landgericht von folgenden Erwägungen aus:

Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen mittelst Pfändung seien die dem Schuldner eigentümlich gehörigen beweglichen körperlichen Sachen. Zu Gunsten des Gläubigers werde nun vermutet, es seien die im Gewahrsam des Schuldners befindlichen beweglichen Gegenstände dessen Eigentum, weshalb die Behauptung des Schuldners, daß ein Dritter deren Eigentümer sei, den Fortgang der Zwangsvollstreckung nicht zu hemmen vermöge. Im vorliegenden Fall habe aber der Schuldner im Vollstreckungsverfahren eine solche Behauptung nicht aufgestellt, vielmehr die gepfändeten Gegenstände als sein Eigentum, mithin als Gegenstände, die an sich der Zwangsvollstreckung unterliegen, anerkannt und der Pfändung nur auf Grund des § 715 C.P.O. widersprochen. Dieser Widerspruch könne durch die Behauptung des Gläubigers, die Sachen seien vom Schuldner einem Dritten zu Eigentum übergeben worden, nicht beseitigt werden, sofern, wenn mit dieser Behauptung gesagt sein solle, die Sachen seien in Wahrheit Eigentum des Dritten, der Gläubiger damit die zu seinen Gunsten aufgestellte Rechtsvermutung entkräften, die Zwangsvollstreckung in die fraglichen Gegenstände selbst als unstatthaft bezeichnen würde, während, wenn er das Eigentum des Dritten bestreite (was im Fall der Hauptintervention des Dritten mit Sicherheit zu erwarten wäre), ebendamit das Eigentum des Schuldners behauptet, bezw. soweit es sich um die Anwendbarkeit des § 715 handle, zugegeben werde.

Die Beschwerde des Gläubigers M. gegen vorstehenden Beschluß wurde von dem Oberlandesgericht, „in Erwägung, 1) daß nach § 712 C.P.O. die Zwangsvollstreckung mittelst Pfändung beweglicher körperlicher Sachen gegen den Schuldner als Inhaber des Gewahrsams, nicht als Eigentümer derselben gerichtet ist, 2) daß daher die Pfändung der nach § 715 C.P.O. der Pfändung nicht unterworfenen Sachen einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewahrsam des Schuldners enthält und diesen kraft seines Gewahrsams zur Erhebung einer Einwendung gegen die Art der Zwangsvollstreckung gemäß § 685 C.P.O. berechtigt, auch wenn er nicht Eigentümer jener Sachen ist, 3) daß hienach der Schuldner A., da er unbestrittenermaßen sich im Gewahrsam derjenigen Gegenstände, deren Freigabe er nach Maßgabe des § 715 Z. 5 C.P.O. beantragt hat, befindet, zu diesem Antrag, auch wenn er nicht mehr Eigentümer jener Gegenstände sein sollte, berechtigt ist", zurückgewiesen.

Beschluß des Oberlandesgerichts II. Senats vom 22. Nov. 1888 in Sachen Merz gegen Aierle.

6.

Zulässigkeit des Rechtswegs.

Der Gemeinde Altheim, O.A. Horb, steht das Schafweiderecht auf ihrer Markung zu. Dieses Weiderecht gründet sich, worüber die Parteien einig sind, auf den Markungs- und Gemeindeverband — A. 13 des Gesetzes vom 26. März 1873. Die Stadtgemeinde Horb nimmt auf ungefähr dem dritten Teil der Markung Altheim ein Uebertriebsrecht mit Schafen — ein Mitweiderecht — in Anspruch, welches von der Gemeinde Altheim bestritten wird. Die privatrechtliche Natur dieses von der Stadtgemeinde Horb behaupteten Uebertriebsrechts ist von beiden Teilen anerkannt.

Die Gemeinde Altheim hat demgemäß gegen die Stadtgemeinde Horb Klage erhoben, worin sie auf Grund der angeführten Thatsachen zu erkennen bat, die Beklagte sei nicht berechtigt, auf der Markung der Gemeinde Altheim ein Weiderecht — Uebertriebsrecht — auszuüben. Die Beklagte hat um kostenfällige Abweisung der Klage gebeten, indem sie geltend macht, sie habe auf der angegebenen Fläche der Markung Altheim, sei es durch außerordentliche Ersitzung, sei es durch unvordenkliche Verjährung ein Mitweiderecht erworben.

Der klägerische Vertreter hat in 1. Instanz auf Befragen erklärt, die angestellte Klage sei die actio negatoria, gestützt auf das der Klägerin an ihrer Markung zustehende Weiderecht, welches durch das von der Beklagten beanspruchte Uebertriebsrecht beschränkt werde, weshalb dieses mit der Klage abgewehrt werde; weil dieses letztere privatrechtlicher Natur sei und allein den Gegenstand des Streits bilde, halte er die Civilgerichte zur Entscheidung des Prozesses für zuständig; der Vertreter der Beklagten bemerkte, er habe die Klage von Anfang an so wie eben angegeben aufgefaßt und könne die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht beanstanden.

In erster Instanz wurde die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesen, im wesentlichen aus dem Grunde, weil es sich um einen Streit über den Umfang des Rechts der Gemeinde Altheim handle. Das Weiderecht dieser Gemeinde werde durch dasjenige der Stadtgemeinde Horb beschränkt. Der Streit drehe sich demnach um die Frage der Ausschließlichkeit des Rechts der Klägerin, somit um den Umfang dieses Rechts. Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs sei entscheidend die Natur des Rechts, welches in der Klage geltend gemacht werde. Das Weiderecht der klagenden Gemeinde sei unbestrittenermaßen öffentlich-rechtlicher Natur und daher sei der Verwaltungsrichter zuständig.

In 2. Instanz wurde das erstrichterliche Urteil aufgehoben und der Rechtsweg für zulässig erklärt.

Gründe:

I. Die klagende Gemeinde hat in ihrer Klage gebeten,

zu erkennen: es sei die beklagte Gemeinde Horb nicht berechtigt, auf der Markung der Gemeinde Altheim ein Weiderecht auszuüben. Es kann dahingestellt bleiben, ob nicht hienach schon der vorige Richter verpflichtet gewesen wäre, über diesen von der Klägerin geltend gemachten Anspruch materiell zu erkennen, da über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Privatrechts nur der Civilrichter entscheiden kann und die Klägerin dadurch, daß sie den Anspruch bei dem Civilrichter erhob, unzweideutig zu erkennen gab, daß sie das Recht auf jenen richterlichen Ausspruch als ein privatrechtliches geltend machen wolle. Auch wenn von der Anschauung auszugehen ist, daß das von der klägerischen Seite behauptete Privatrecht überhaupt als Privatrecht möglich sein müsse, damit die Zuständigkeit der Gerichte begründet sein könne, ist diese Zuständigkeit vorliegend als gegeben zu erachten. Denn dem Verlangen der Klägerin, der Richter solle aussprechen, die beklagte Gemeinde Horb sei nicht berechtigt, auf der Markung der Gemeinde Altheim ein Weiderecht auszuüben d. h. ein solches Recht bestehe nicht, kann der Charakter eines privatrechtlichen bei dem Civilrichter verfolgbaren Anspruchs nicht abgesprochen werden. Dieser Anspruch auf Feststellung des Nichtbestehens jenes Weiderechts (negative Feststellungsklage) ist ein privatrechtlicher, da das Weiderecht der Stadtgemeinde Horb, gegen welches sich diese negative Feststellungsklage richtet, anerkanntermaßen privatrechtlicher Natur ist, und es verliert derselbe seinen privatrechtlichen Charakter dadurch nicht, daß die Klägerin ihr Interesse an jener Feststellung auf das ihr zustehende Weiderecht gründet, welches durch die Ausübung des Rechts der Stadt Horb beeinträchtigt wird, und welches allerdings dem öffentlichen Recht angehört, weil es auf dem Markungs- und Gemeindeverband beruht [1]).

Wie die Klage von den Parteien bezeichnet wurde, ob als negatorische, konfessorische, als Verbietungsrecht, ist gleichgiltig, denn der Richter hat über den Anspruch des Klägers, wie er

1) s. auch Entsch d. Reichsg. B. 16 S. 390.

sich in dem Gesuche ausdrückt, zu entscheiden, und aus dem Umstand, daß die Klägerin die Klage als negatorische bezeichnet hat, ist entgegen dem gestellten Gesuche nicht zu schließen, daß sie nicht wenigstens neben der negatorischen Klage auch die negative Feststellungsklage erhoben haben wolle.

Unerörtert kann hienach bleiben, ob nicht auch ein, übrigens in dem Klagegesuch nicht zum Ausdruck gekommener, Anspruch der Klägerin, die Beklagte habe die Störung des Rechts der Klägerin durch Ausübung des von der Beklagten behaupteten Uebertriebsrechts zu unterlassen, weil gegen das von der beklagten Stadtgemeinde in Anspruch genommene Privatrecht gerichtet, privatrechtlicher Natur wäre.

II. Auf das gleiche Ergebnis führen die Bestimmungen des A. 87 Abs. 2 des Gesetzes vom 26. März 1873 betr. die Ausübung und Ablösung der Weiderechte auf landwirtschaftlichen Grundstücken. Hienach sollen, wenn Streit über das Bestehen und den Umfang eines Feldweide- oder Pferchrechts entsteht, hierüber, insoweit dieses Recht auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt wird (A. 13), die Verwaltungsrechtsstellen, in allen andern Fällen die Gerichte entscheiden. Hieran ist durch die Vorschriften des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 betr. die Verwaltungsrechtspflege nichts geändert worden, cf. A. 1. 2. 10 Ziff. 23. Die thatsächliche Lage der Sache ist nun die, daß sich zwei Rechte entgegenstehen, von welchen das eine das andere beschränkt, von denen das eine an sich anerkannt, das andere bestritten ist. Die Annahme, daß der erwähnte A. 87 Abs. 2 diesen Fall, die Frage, ob das an sich anerkannte Recht ein ausschließliches sei, unter den Worten „Streit über den Umfang eines Feldweiderechts" habe begreifen wollen, und die daran geknüpfte Folgerung, daß, weil dieses in seinem Umfang angeblich beschränkte und bestrittene Recht sich auf den Markungs- und Gemeindeverband gründe, die Verwaltungsrechtsstellen darüber zu entscheiden haben, kann nicht gebilligt werden.

1. Hiegegen ist schon auf den Wortlaut des Gesetzes zu verweisen, denn in dem bezeichneten Fall ist jederzeit nicht

bloß der Umfang des einen, sondern zugleich das Bestehen des andern bestritten; es handelt sich sowohl um einen Streit über den Umfang eines Feldweiderechts — das Wort „Umfang" in diesem weitern Sinn genommen — als um einen Streit über das Bestehen eines solchen. Diese beiden Fragen sind untrennbar verbunden.

Wenn nun das eine Recht auf einen privatrechtlichen Titel, das andere auf einen dem öffentlichen Recht angehörigen gestützt wird, so wäre die notwendige Folge, entweder daß sowohl der Civilrichter als der Verwaltungsrichter zur Entscheidung zuständig wäre, da beide Fragen streitig sind, oder aber, daß in einem Gesetz, welches zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Civilrichters und der Verwaltungsrechtsstellen bestimmt ist, für einen Hauptfall nicht entschieden wäre, wer zuständig sein soll, denn in A. 87 Abs. 2 des erwähnten Gesetzes ist in keiner Weise ausgedrückt, ob der fragliche Streit als Streit über das Bestehen des einen, oder über den Umfang des andern betrachtet werden soll, und der Grundsatz, welchen der vorige Richter zur Lösung der Frage heranzuziehen genötigt ist, daß das vom Kläger geltend gemachte Recht maßgebend sei, ist in dem Gesetze nicht einmal angedeutet; es ist vielmehr in A. 87 Abs. 2 cit., sowie in A. 10 Ziff. 23 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 von einer Parteirolle vollständig abgesehen. Schon hieraus ergibt sich, daß die Auslegung des Wortes „Umfang" in dem Sinne, daß auch die Frage der Ausschließlichkeit des Rechts darunter fällt, nicht richtig sein kann. Sie widerspricht aber auch dem gewöhnlichen Sprachgebrauch. Wird in der Weise, wie dies in dem gedachten A. 87 Abs. 2 geschieht, von dem Streit über das Bestehen und den Umfang eines Feldweiderechts gesprochen, das Bestehen und der Umfang eines Rechts in der angegebenen Weise neben einander gestellt, so soll damit der Gegensatz ausgedrückt werden, ob dasjenige Recht, um welches es sich handelt, ganz oder ob es nur nach einzelnen Richtungen, Ort, Zeit oder Inhalt, bestritten wird. Durch diese Fassung des Gesetzes wird auch jeder mögliche Fall getroffen.

In gleicher Weise fassen die Parteien das Verhältnis auf, denn sie bemerken übereinstimmend, weil das Recht der Stadt Horb allein den Gegenstand des Streits bilde, seien die Civilgerichte zuständig. In der That ist bezüglich des Rechts der klagenden Gemeinde Altheim nichts bestritten, weder rücksichtlich des dem Weiderecht unterliegenden Areals, noch der Zeit, noch der Zahl der aufzutreibenden Schafe. Bestritten ist allein das Bestehen des Rechts der Stadtgemeinde Horb. Hierüber allein ist zu entscheiden und erst folgeweise stellt sich je nach der Entscheidung dieser Frage das Recht der Gemeinde Altheim als ein in der Ausübung beschränktes oder unbeschränktes dar.

2. Zu dieser Auslegung nötigt aber auch der Grund und Zweck der Trennung der Civil- und Administrativ-Justiz. Bei Fragen des öffentlichen Rechts wird der Administrativrichter, bei privatrechtlichen Fragen der Civilrichter als der sachkundigere vorausgesetzt [1]). Dieser Zweck wäre bei Annahme der Auslegung des vorigen Richters zu einem wesentlichen Teil verfehlt. Bei dem Streit über den Umfang des Rechts der klagenden Gemeinde Altheim soll nach dessen Anschauung die Entscheidung über das Bestehen des Rechts der beklagten Stadtgemeinde Horb nur Entscheidungsgrund sein, die Verfügung des Urteils sich aber lediglich auf den Umfang des klägerischen Rechts der Gemeinde Altheim beziehen. Allein bei dem untrennbaren Zusammenhang beider Fragen wird stets mit der einen auch die andere entschieden. Es kann sich die Verfügung des Urteils nicht bloß auf den Umfang des einen Rechts beziehen. Wird das Recht der Gemeinde Altheim als ausschließliches der Stadtgemeinde Horb gegenüber anerkannt, so ist damit das Recht der letzteren verneint. Wird das Uebertriebsrecht der Stadtgemeinde Horb bejaht, so ist das Recht der Gemeinde Altheim kein ausschließliches mehr. Es sind nur zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder wird die Entschei-

---

1) s. Motive zu dem Gesetz vom 16. Dezember 1876 bei Hohl S. 35, Sarwey, Archiv Bd. 14 S. 185. 207. 209, Bd. 15 S. 20. 21.

dung des nach der Annahme des vorigen Richters zuständigen Verwaltungsrichters, daß das Recht der Gemeinde Altheim ein ausschließliches sei, somit das privatrechtliche Uebertriebsrecht der Stadtgemeinde Horb nicht bestehe, nicht rechtskräftig, dieser Ausspruch ist nur Entscheidungsgrund, die Stadtgemeinde Horb kann sich mit der konfessorischen Lage noch an den Civilrichter wenden, dann ist nicht abzusehen, welche Bedeutung diese Entscheidung des Verwaltungsrichters haben soll. Sie hätte eine solche höchstens bis zur Entscheidung des Civilrichters. Wird aber die Entscheidung des zuständigen Verwaltungsrichters rechtskräftig, wie dies auch der vorige Richter annimmt, kann die Gemeinde Horb den Civilrichter nicht mehr anrufen, dann hat der Verwaltungsrichter über einen anerkannt privatrechtlichen Anspruch der Stadtgemeinde Horb, deren Uebertriebsrecht rechtskräftig entschieden, während die Trennung der Civil- und Administrativ-Justiz dahin zielt, daß der Civilrichter über Privatrechte, die Verwaltungsrechtsstellen über Befugnisse, welche im öffentlichen Recht wurzeln, entscheiden sollen. Und ebenso verhält es sich umgekehrt.

Die Annahme des vorigen Richters hat aber weiter das prinzipwidrige Resultat zur Folge, daß über dieselbe Frage das einemal der Civilrichter, das anderemal die Verwaltungsrechtsstellen zu entscheiden gehabt hätten, je nachdem die Gemeinde Altheim oder die Stadtgemeinde Horb als Klägerin aufgetreten wäre.

3. Hiemit stimmt auch die bisherige Theorie und Praxis überein. Es ist niemals der Grundsatz anerkannt worden, daß sich die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs lediglich nach der juristischen Natur des eingeklagten Anspruchs bestimme und die nach dem Klaganspruch einmal begründete oder nicht begründete Zuständigkeit des Civilgerichts durch die von dem Beklagten entgegengesetzten Einwendungen nicht wieder aufgehoben oder geschaffen werden könne; vielmehr wurde als entscheidend erachtet die innere Natur des Rechts und des Rechtsverhältnisses, welches bestritten wurde und über welches, weil es bestritten wurde, zu entscheiden war. Wäre stets die

öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Natur desjenigen Rechts, auf welches der Kläger sich stützt, ausschlaggebend, so müßte über die auf das Eigentum gestützte negatorische Klage stets der Civilrichter erkennen, selbst wenn das Recht zum Eingriff in dieses Eigentum aus einer in dem öffentlichen Recht begründeten Befugnis hergeleitet wird, und das Gleiche müßte gelten, wenn ein derartiger Eingriff in ein anderes Privatrecht klagend abgewehrt wird. Dies ist aber nicht der Fall, worüber die Rechtsprechung feststeht; vielmehr ändert sich die Zuständigkeit bei der Negatorienklage, je nachdem der Klagegrund verneint, beziehungsweise ein Recht zum Eingriff nicht behauptet oder dieses auf ein Privatrecht gestützt wird, oder aber dem anerkannten Eigentum gegenüber eine im öffentlichen Recht wurzelnde Befugnis in Anspruch genommen wird. Im letzteren Fall haben sich die Gerichte für unzuständig erklärt, und die Verwaltungsrechtsstellen keinen Anstand genommen, über das behauptete öffentliche Recht und damit über die auf das Eigentum gestützte negatorische Klage zu entscheiden [1]. Hievon weicht auch die im Württ. Gerichtsblatt Bd. 5 S. 276 ff. veröffentlichte Entscheidung des vormaligen Obertribunals nicht ab, denn die Zuständigkeit des Civilrichters wurde hier darauf gegründet, daß von dem Beklagten zwar ein auf das öffentliche Recht gestütztes Wegrecht geltend gemacht werde, daß sich dasselbe aber in Wirklichkeit nur auf einen privatrechtlichen Titel stützen könne. Dieser Begründung hätte es gar nicht bedurft, wenn es für genügend erachtet worden wäre, daß eine auf das Eigentum begründete Negatorienklage erhoben sei.

In gleicher Weise kann über ein in Anspruch genommenes Privatrecht, welches einem Recht öffentlich-rechtlicher Natur entgegengestellt wird, nur der Civilrichter entscheiden.

4. Auch aus den ständischen Beratungen über das Gesetz vom 26. März 1873 ergibt sich nichts anderes. Der erste Entwurf vom 20. August 1857 bestimmte in Artikel 97 ab-

1) s. Sarwey, Archiv Bd. II S. 256, Bd. V S. 421. 424. 426. 429. 430, Bd. XV S. 259. 261. 262. 388. 390. 248. 249. Bd. XVII S. 305, Bd. XIX S. 234. 434, cf. auch Bd. VI S. 388.

weichend von dem späteren Gesetz: „Entsteht Streit über das Bestehen oder den Umfang eines Weide- oder Pferchrechts, so haben hierüber die Gerichte zu entscheiden. Alle sonstigen Streitigkeiten über Auslegung und Anwendung des gegenwärtigen Gesetzes 2c. sowie darüber, ob ein an sich anerkanntes Weiderecht öffentlich-rechtlicher Natur sei, oder auf privatrechtlichem Titel beruhe, unterliegen der Entscheidung des Administrativrichters". Der Abgeordnete Mohl bemerkte in seinem Berichte zu Artikel 97: das badische Gesetz weise den Gerichten die Entscheidung über Dasein und Umfang eines Weiderechts zu und verstehe unter letzterem die Frage, ob das Weiderecht ein ausschließliches oder nicht ausschließliches und ob es ein gemessenes oder ungemessenes sei. Das bayrische Gesetz weise den Gerichten die Fragen zu 1) ob überhaupt das Weiderecht bestehe u. s. w., 3) ob dasselbe ein ausschließliches sei, oder ob noch andere das Mithütungsrecht haben 2c. Würde eine solche genaue Abscheidung wie bei diesem Gesetz nicht statuiert, so würde unter den Ausdruck „Umfang des Weiderechts" nahezu alles fallen, insbesondere auch Kulturbeschränkungen, welche mit dem Weiderecht verbunden seien. Es werde daher beantragt zu präzisieren und den Gerichten zuzuweisen: „der Zuständigkeit der Gerichte bleibt vorbehalten, wenn Streitigkeiten entstehen, 1) ob überhaupt das behauptete Weiderecht bestehe 2c., 3) ob dasselbe ein ausschließliches sei, oder ob noch andere das Mitweiderecht haben" 2c.

Allein der Antrag des Abgeordneten Mohl wurde schon in der Kommission der Kammer der Abgeordneten abgelehnt und von demselben ist weiter nicht die Rede. Was also der Abgeordnete Mohl unter dem Worte „Umfang" verstand, ist für die Auslegung des späteren Gesetzes völlig bedeutungslos, nicht allein, weil der Antrag desselben abgelehnt wurde, sodann auch weil dieser Antrag selbst wieder auf einem Gesetzesentwurf beruhte und auf einen solchen Bezug hatte, der mit den späteren Entwürfen prinzipiell in der Frage der Zuständigkeit differierte. Dagegen findet sich schon hier in dem von der Mehrheit gebilligten Bericht des Berichterstatters der Satz:

„nur wenn die Partei, welche ein Weiderecht behauptet, ihren Anspruch auf einen privatrechtlichen Titel stützt, ist der Civilrichter zur Entscheidung kompetent." Schon hier ist also die Natur des, sei es vom Kläger oder Beklagten, behaupteten Rechts als entscheidend anerkannt.

Der Entwurf vom 9. Dezember 1868 bestimmt nun wesentlich abweichend von dem früheren: „Entsteht Streit über das Bestehen oder den Umfang eines Weiderechts 2c., so haben hierüber, wenn es sich um eine privatrechtliche Befugnis handelt, die Civilgerichte, wenn eine öffentlich-rechtliche Befugnis in Frage steht, die Verwaltungsrechtsstellen zu entscheiden; ob ein seinem Bestehen und seinem Umfang nach unbestrittenes Recht öffentlich-rechtlicher Natur sei, oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe, entscheiden die zuständigen Kreisbehörden."

Zu diesem Artikel 82 bemerkte der Bericht der Kommission, der hierin ausgesprochene Grundsatz entspreche dem bestehenden Recht. Die Kommission hat aber aus Zweckmäßigkeitsgründen einige Aenderungen beantragt, welche die Zuständigkeit der Gerichte zu erweitern bestimmt waren, insbesondere in der Richtung, daß auch über Waldweiderechte öffentlich-rechtlicher Natur die Gerichte erkennen sollen. Der Abgeordnete Mohl beantragte den Artikel 82 des Regierungsentwurfs anzunehmen und führt aus „wegen möglicher Kompetenzstreitigkeiten, bei so wichtigen Verhältnissen, bei welchen es doch gewiß sehr darauf ankommt, daß jeder Gegenstand vor demjenigen Forum zur Entscheidung kommt, an das er vermöge seiner, sei es privatrechtlichen, sei es öffentlich-rechtlichen Natur gehört, diesen Grundsatz aufzugeben und alles an die Gerichte zu verweisen, das würde ich für einen großen Fehler halten." Hienach hat der Abgeordnete Mohl sich selbst dem Grundsatz zugewendet, daß die Natur des streitigen Rechts über die Zuständigkeit entscheide und hätte demnach dem Ausdruck „Umfang" nicht mehr eine Bedeutung beigelegt, durch welche es kommen könnte, daß der Verwaltungsrichter über ein Privatrecht entscheiden müßte.

Auch diesmal wurde übrigens der Antrag des Abgeord-

neten Wohl abgelehnt. Dagegen wurde der Antrag der Kommission von der Kammer der Abgeordneten angenommen und, da auch die Kammer der Standesherrn beitrat, Gesetz.

Hienach wird anzunehmen sein, daß das Gesetz vom 26. März 1873 Art. 87 Abs. 2 unter den Worten „Umfang eines Weiderechts" nicht auch die Ausschließlichkeit desselben begriffen hat, daß vielmehr der zu entscheidende Streit ein Streit über das Bestehen des Rechts der Stadtgemeinde Horb ist, worüber, da das letztere ein Privatrecht ist, die Civilgerichte zu entscheiden haben.

Demgemäß ist das Urteil des vorigen Richters aufzuheben, die Zuständigkeit des Civilrichters als vorhanden anzuerkennen und der Rechtsstreit zur Weiterverhandlung in die I. Instanz zurückzuverweisen.

Entsch. des 1. Civil-Senats vom 7. Dezember 1888 in der Berufungssache Altheim c. Horb.

7.

Nach welchem örtlichen Recht ist die Anfechtung einer Rechtshandlung auf grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, zu beurteilen? [1])

Die Grundlage der Anfechtung nach dem erwähnten Gesetz bildet das Befriedigungsrecht der Gläubiger, zufolge dessen für dieselben die Mittel, welche der Schuldner entweder in dem betrüglichen Einverständnis mit dem Empfänger oder in einer verhältnismäßig nahen Vergangenheit unentgeltlich aufgegeben hat, zurückgeschafft werden können [2]). Die den Gläu-

1) Zu vgl. Cosack, Anfechtungsrecht S. 105, Hartmann, Anfechtungsgesetz (3. A. S. 29 f.), Wilmowski, Konk.O. (3. A.) S. 127 f., Menzel, Anfechtungsrecht S. 31, und bezüglich des paulianischen Rechtsmittels, West, civ. Archiv LX, 371 ff, Francke a. a. O. LXII, 487 ff., Seuffert, Arch. XXV Nr. 115 (O.Tr. Stuttgart), XXVII Nr. 1, Entsch. des R.O.H.G. XVII, 294 ff., Bar, internat. Privatrecht S. 494 f.

2) Mot. bei Hahn, Mater. IV, 734.

digern zustehende Befugnis, die Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Schuldners anzufechten, beruht somit auf dem Exekutionsrecht derselben und erscheint als eine Erweiterung der Zwangsvollstreckung [1]). Da nun die letztere nach allgemeinen Grundsätzen unter den Gesetzen desjenigen Orts, an welchem sie vorzunehmen ist, steht [2]), so ist das Anfechtungsrecht nach dem Gesetz desjenigen Orts zu beurteilen, an welchem sich der durch die angefochtene Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegebene Gegenstand, aus welchem der Anfechtende im Fall der Unwirksamkeit dieser Handlung Befriedigung verlangen kann, befindet oder, sofern es sich nicht um einen an einem bestimmten Ort gelegenen Gegenstand handelt, nach dem Gesetz desjenigen Orts, an welchem der Anfechtende seine Befriedigung zu suchen hat, also des Wohnorts des Empfängers der angefochtenen Leistung.

Urteil des O.L.Gerichts II. Sen. vom 28. Juni 1888 in Sachen Steiner und Sohn gegen Bank Baden.

8.

Die Entscheidungen über den Ersatz der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen werden nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte vollzogen, und zwar erfolgt die Vollstreckung aus der nach St.P.O. § 496 Abs. 2 erlassenen Kostenfestsetzung [3]).

Adlerwirt K. von Korb war auf Privatklage des Bauern H. durch am 3. August 1887 verkündetes Erkenntnis des Schöffengerichts Waiblingen wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe, zur Tragung der Kosten des Verfahrens, sowie zum Ersatz der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen, deren Betrag durch einen beiden Teilen zugestellten Beschluß des Amtsgerichts Waiblingen festgestellt wurde, verurteilt

1) Entsch. des R.G. VII, 189.

2) Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869 § 7, Seuffert, Arch. XXVII Nr. 1, Bar a. a. O. 487, 495.

3) Vgl. Bd. I S. 88 f. Bd. II S. 70 f.

worden. Nachdem Bauer H. auf seine an den Verurteilten erlassene Aufforderung, den berechneten Betrag dieser Auslagen binnen 10 Tagen zu bezahlen oder anzuerkennen, eine Antwort nicht erhalten hatte, beantragte er beim Amtsgerichte Waiblingen behufs Vollstreckung dieses Kostenfestsetzungsbeschlusses unter Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung desselben die Pfändung einer Geldforderung des Adlerwirts K. an Weingärtner S. Das Amtsgericht wies diesen Antrag unterm 18. Februar 1888 deshalb zurück, weil die von ihm zum Beginn der Zwangsvollstreckung für erforderlich erachtete Zustellung des angeführten schöffengerichtlichen Urteils noch nicht erfolgt sei.

Die II. Civilkammer des Landgerichts Stuttgart verwarf die gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde am 23. März 1888 in Erwägung, daß zwar die vom Amtsgericht behufs des Pfändungsbeschlusses erforderte Zustellung des zugrundliegenden Urteils gemäß § 702 nr. 2, 703 der C.P.O. durch Zustellung eines der Beschwerde unterworfenen Beschlusses ersetzt werden würde, daß jedoch der ablehnende Beschluß insofern gleichwohl zutreffend erscheine, als § 495 der StrafP.O. „nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte" nur die „über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangene Entscheidung", nicht auch den Kostenfestsetzungsbeschluß nach § 496 Abs. 2 vollstrecken läßt [1]), daß auch jeder Anhaltspunkt dafür fehle, daß unter den Entscheidungen des § 702 Nr. 3 der C.P.O. andere Beschlüsse, als Beschlüsse der C.P.O. selbst verstanden seien, arg. RechtsanwaltsO. § 97 Abs. 2—4 [2]), daß somit weder die Reichsgesetzgebung noch — gemäß dem in § 706 der C.P.O. ihr gewährten Vorbehalt — die württ. Landesgesetzgebung eine Zwangsvollstreckung zu Gunsten des

1) Vgl. die Motive zur St.P.O. Berlin 1873 S. 210, Gaupp, Komm. zur C.P.O. Bd. III S. 126, 161, Württ. Gerichtsblatt Bd. XVII S. 385 f., vgl. auch Justizministerialverf., betr. die Behandlung der Gerichtskosten in Strafsachen § 43 Nr. 1, Gerichtsblatt Bd. XX S. 214.

2) Vgl. Struckmann-Koch, die C.P.O, 5. Aufl., Seite 760—770, Motive zur C.P.O. Berlin 1874 S. 566, XV erster Satz.

Privatklägers in die ihm erwachsenen Kosten der Privatklage kenne [1]).

Auf die von Bauer H. gegen diesen Beschluß erhobene weitere Beschwerde wurde vom I. Civilsenat des Oberlandesgerichts unterm 27. April 1888 der Beschluß des Amtsgerichts vom 18. Februar, sowie derjenige der Civilkammer II des Landgerichts aufgehoben, dem Amtsgerichte Waiblingen die erforderliche weitere Anordnung nach § 538 der C.P.O. übertragen, und in den Gründen zu diesem Beschlusse ausgeführt:

Ueber die Vollstreckung strafgerichtlicher Entscheidungen, durch welche in einem Verfahren auf erhobene Privatklage der Verurteilte nach § 503 Abs. 1 der St.P.O. zur Erstattung der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen verpflichtet wird, sind weder in dem von den Kosten des Verfahrens handelnden Abschnitt II des VII. Buchs der Strafprozeßordnung (§ 496 bis 506), noch in den sonstigen einschlägigen Bestimmungen derselben (§ 50. 69. 77 und 145) Vorschriften enthalten. Nach der Verfügung des K. Justizministeriums vom 22. März 1882, betreffend die Behandlung der Gerichtskosten in Strafsachen (Württbrg. Gerichtsblatt Bd. 20 S. 182 ff.) hat die zwangsweise Beitreibung der Gerichtskosten gegenüber vom Verurteilten nötigenfalls unter entsprechender Anwendung des Gesetzes vom 18. August 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich-rechtlicher Ansprüche Art. 10—13 zu erfolgen (Verfügung cit. § 36), ist aber der Wiedereinzug der durch den Angeklagten zu erstattenden, von den Gerichtskosten auszuscheidenden Auslagen des Privatklägers diesem überlassen, und hierüber nur soviel bestimmt, daß „über Anträge auf Erstattung der erwachsenen notwendigen Auslagen durch die Gegenpartei (St.P.O. § 503 Abs. 1 und 2) die Entscheidung nach § 496 Abs. 2 der St.P.O. zu erfolgen habe". (Verfügung cit. § 43 Z. 1 und 3). Hienach fehlt es an einer Bestimmung darüber, wie die Entschei-

1) Vgl. Dienstanw. für die Gerichtsvollzieher vom 23. September 1879, § 46 Nr. 7, 12; Jahrbücher der württ. Rechtspflege Bd. I S. 92 „hinsichtlich einer etwaigen Anwendbarkeit des § 495 der St.P.O."—

dungen über die bezeichneten Auslagen zu vollstrecken sind, was zur Folge hätte, daß dieselben überhaupt nicht vollstreckt werden könnten. Dies kann jedoch nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, vielmehr bietet die Bestimmung des § 495 der St.P.O., wornach die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe oder eine Buße ergangenen Entscheidung nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte zu erfolgen hat, eine Ergänzung dieser Lücke. Die Strafprozeßordnung hat nämlich die Vollstreckung der Vermögensstrafen und Bußen wegen deren Aehnlichkeit mit vermögensrechtlichen Ansprüchen nach den für diese geltenden Vorschriften geordnet, es muß daher als in der Absicht des Gesetzes gelegen angenommen werden, daß auch die im Strafverfahren zu erlassenden Entscheidungen über die bezeichneten Auslagen wegen ihrer Aehnlichkeit mit den Bußen nach denselben Vorschriften vollstreckt werden sollen. Die rechtsähnliche Anwendung jener Bestimmung auf diese Auslagen findet eine Unterstützung in der Bemerkung der Motive zu § 155 und 156 des Gerichtsverfassungsgesetzes, wornach die Vollstreckung der Kosten, welche im Falle der Privatklage in Gemäßheit des Urteils eine Partei der andern zu erstatten hat, nach Vorschrift der Civilprozeßordnung zu bewirken ist [1]). Für diese Anwendung spricht weiter der Umstand, daß in § 78 Nr. 2[b] des Gerichtskostengesetzes (in der Fassung der Nov. von 1881) und § 75 Nr. 2 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte die Vollstreckung einer über Erstattung von Kosten ergangenen Entscheidung im Sinne des § 496 der St.P.O. der Vollstreckung einer über eine Buße, beziehungsweise Vermögensstrafe erlassenen Entscheidung in bezug auf Gerichts- und Anwaltsgebühr gleichgestellt wird. Die Ansicht der Civilkammer, wornach Entscheidungen über die fraglichen Auslagen überhaupt der Vollstreckung nicht unterliegen sollen, ist daher nicht zu billigen [2]).

---

1) Hahn, Materialien zum Gerichtsverfassungsgesetz S. 164.

2) Zu vgl. Puchelt, St.P.O. 1882 Anm. 3 zu § 503 S. 850, Keller, St.P.O. Aufl. 2, 1882, Anm. 7 zu § 495 S. 627, Löwe, St.P.O. Aufl. 5, 1888, Anm. 4 zu § 503 S. 831, Seufferts Blätter

Hienach hat die Vollstreckung der Entscheidung des Schöffengerichts Waiblingen, durch welche Adlerwirt K. zum Ersatz der dem Beschwerdeführer erwachsenen notwendigen Auslagen verurteilt worden ist, in analoger Anwendung des § 495 der St.P.O. nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte zu erfolgen. Zu den nach diesem Gesetz in Anwendung kommenden Vorschriften gehören überhaupt alle einschlägigen Bestimmungen der Civilprozeßordnung und insbesondere auch die des § 702 Zif. 3, wornach die Zwangsvollstreckung nicht unmittelbar aus dem die Verpflichtung zum Kostenersatz ohne gleichzeitige Festsetzung des Betrags aussprechenden Urteil, sondern aus dem auf Grund des letzteren zu erlassenden, dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfenen Kostenfestsetzungsbeschlusse stattfindet [1]). Da der amtsgerichtliche, auf Grund des § 496 der St.P.O. erlassene Kostenfestsetzungsbeschluß, in welchem das schöffengerichtliche zum Ersatze dieser Kosten verpflichtende Urteil ausdrücklich als vollstreckbar bezeichnet und damit dessen Vollstreckbarkeit bescheinigt ist, dem Rechtsmittel der einfachen Beschwerde nach Maßgabe des § 346 der St.P.O. unterliegt, bildet derselbe einen Vollstreckungstitel im Sinne des angeführten § 702 Ziffer 3 der C.P.O. Der Beginn der Zwangsvollstreckung aus diesem, mit der Vollstreckungsklausel versehenen Titel erfordert nach § 703

für Rechtsanwendung zunächst in Bayern, Band 51, S. 273 f. Daselbst Ergänzungsband VI S. 113 ff., Goltdammer, Archiv für Strafrecht Bd. 33 S. 177 f.

1) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1 Nr. 86 S. 233 f., Puchelt, St.P.O. S. 833 Anm. 3 zu § 495, Goltdammer, Archiv für Strafrecht Bd. 33 S. 29 ff., S. 162 ff., auch Minist.-Verf. vom 21. März 1882, betr. die Vollstreckung der von den Justizbehörden verfügten Vermögensstrafen und zuerkannten Bußen § 31 im württ. Gerichtsblatt Bd. 20 S. 160 f. Nach einer anderen Ansicht sind unter denjenigen Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte, nach welchen die Vollstreckung der über eine Vermögensstrafe oder eine Buße und folgeweise auch der über den Ersatz notwendiger Auslagen des Privatklägers ergangenen Entscheidungen zu erfolgen hat, nur diejenigen über die Art und Weise der Ausführung der Vollstreckung

vergl. mit § 671 der C.P.O. nur die im vorliegenden Falle schon früher erfolgte Zustellung dieses Beschlusses, und nicht daneben noch die Zustellung des ergangenen Strafurteils. Das Amtsgericht Waiblingen hat daher ohne Grund die Verfügung der beantragten Pfändung der dem Schuldner K. an David S. zustehenden Geldforderung von vorgängiger Zustellung des schöffengerichtlichen Urteils abgängig gemacht.

9.

Kann der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt die Gebühr des § 37 Rechtsanwaltsgebührenordnung für die Mitwirkung bei einem Sühneversuch in Anspruch nehmen?

Nachdem die Beklagte rechtskräftig zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt, diesem Urteil aber über ein Jahr lang nicht nachgekommen war und sich überdies eines Ehebruchs schuldig gemacht hatte, erteilte der Ehemann dem Rechtsanwalt N. Prozeßvollmacht behufs Erhebung der Scheidungsklage. Der letztere beantragte zunächst bei dem Amtsgericht Vornahme des Sühneversuchs, bat jedoch, als sich herausstellte, daß die Beklagte wegen Krankheit nicht erscheinen könne, um Dispensation des Klägers von dem Sühneverfahren. Diesem Gesuch ist entsprochen. Nachdem die Ehe geschieden und die Beklagte in die Kosten verfällt war, liquidierte der Anwalt drei Zehnteile der Gebühr des § 9 Rechts A.Geb.O. für die Mitwirkung beim Sühneverfahren und bezog sich auf § 37 eod. Die Beschwerde desselben gegen den Beschluß des Landgerichts, durch welchen dieser Ansatz gestrichen worden ist, wurde verworfen.

Gründe:

Der Beschwerdeführer bestreitet die Richtigkeit der Annahme des vorigen Richters nicht, daß Rechtsanwalt N. bei

zu verstehen. Löwe, St.P.O. Aufl. 5 S. 823 Anm. 3 zu § 495, Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern, Ergänzungsband VI S. 149.

Einleitung des Sühneverfahrens schon zum Prozeßbevollmächtigten bestellt war. Dies ergibt sich auch aus den Akten des K. Amtsgerichts N., wonach Rechtsanwalt N. am 12. September 1888 Prozeßvollmacht erhalten und am 12. pr. 13. gl. Mts. mit Beziehung auf seine Prozeßvollmacht den Antrag auf Vornahme des Sühneversuchs gestellt hat. Hienach aber ist die wegen Absetzung der Gebühr für die Mitwirkung beim Sühneverfahren erhobene Beschwerde unbegründet.

1. Die Motive zu § 37 der Rechts-A.G.O. unterscheiden zwei Fälle. Im ersten Fall, wenn der Rechtsanwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt sei, gehöre seine Mitwirkung zu einem Sühneverfahren — §§ 471, 571 C.P.O. — zum Prozeßbetrieb und es bedürfe keiner ausdrücklichen Festsetzung, daß ihm hierfür keine besondere Vergütung zustehe. Dagegen sei für den weiteren Fall Vorsorge zu treffen, daß der Auftrag des Rechtsanwalts sich lediglich auf das Sühneverfahren beziehe. Für eine derartig beschränkte Thätigkeit des Rechtsanwalts erscheine eine Vergütung, wie sie Abs. 1 in geringem Maße bestimme, durchaus angemessen. Hienach bezieht sich der § 37 überhaupt nur auf den Fall, wenn der Rechtsanwalt keine Prozeßvollmacht hat, sondern sich sein Auftrag auf das Sühneverfahren beschränkt. Allein auch dann soll der Anwalt nicht immer diese Gebühr unverkürzt erhalten. Wenn vielmehr ein Prozeßverfahren nachfolge, und der Anwalt des Sühneverfahrens nachher Prozeßvollmacht erhalte, so entspreche es der Billigkeit, daß die Gebühr des Sühneverfahrens auf diese etwa später zu erhebende Prozeßgebühr in Anrechnung gebracht werde. Hieran hat die Kommission des Reichstags eine Aenderung getroffen. Diese Anrechnung soll nur dann stattfinden, wenn der nachherige Rechtsstreit vor dem Amtsgericht, nicht aber, wenn er vor dem Landgericht verhandelt wird. Wie der ganze § 37, so bezieht sich hienach auch der Absatz 2 sowohl nach der Fassung des Entwurfs, wie nach dem Beschlusse der Reichstagskommission nur auf den Fall, wenn der Anwalt zuvor allein Auftrag für das Sühneverfahren hatte, und es ist nur die diesen Gebührenbezug beschränkende Bestimmung

des Abs. 2 des Entwurfs durch die Kommission auf ein engeres Gebiet — die Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Amtsgericht — eingeschränkt worden.

Hiemit stimmt auch der Grund, welchen die Motive für den Absatz 2 des Entwurfs anführen, vollständig überein. Die Anrechnung der Gebühr des früheren Sühneverfahrens auf die etwa später zu erhebende Prozeßgebühr soll erfolgen, weil die Information, welche der Rechtsanwalt zu der Vertretung im Sühneverfahren nötig hatte oder im Sühnetermin gewinnt, ihm bei Führung des Prozesses zugute kommt, weil ihm also bei der nachfolgenden umfassenderen Prozeßinstruktion Mühe erspart ist. Wenn aber der Anwalt Auftrag zum Prozeß und damit Information zur Prozeßführung erhalten und die Prozeßgebühr verdient hat, so bedarf er zum Sühneverfahren einer weiteren Instruktion nicht, eine solche macht ihm keine weitere Mühe, er ist dafür durch die Prozeßgebühr entschädigt. Der Grund, welcher die Kommission des Reichstags zu ihrer Aenderung bestimmt hat, ergibt sich weder aus dem mündlichen Bericht des Berichterstatters, noch den weiteren Verhandlungen des Reichstags [1]; er kann aber wohl nur darin gefunden werden, daß die Kommission angenommen hat, es werde der Streit beim Amtsgericht alsbald folgen, dagegen könne, wenn die Klage bei dem Landgericht zu erheben sei, zwischen Sühneverfahren und Rechtsstreit ein so erheblicher Zwischenraum liegen [2], daß die beim Sühneverfahren erteilte und dadurch gewonnene Instruktion eine abermalige vollständige Information nicht überflüssig oder weniger zeitraubend mache. Hienach nötigt ebensowenig der Grund, wie die Fassung der an § 37 Abs. 2 vorgenommenen Aenderung zu der Annahme, daß Abs. 1 nicht bloß den Fall betreffe, wenn der Anwalt nur zum Sühneverfahren Auftrag und nachher Prozeßvollmacht erhalten hat, sondern auch darüber hinaus dann Platz greife, wenn der Anwalt zuvor schon zum Prozeßbevollmächtigten bestellt ist.

---

1) S. Protokolle von 1879, S. 894 und 919, Beil.Band S. 1199 ff. 1205. 1214.

2) S. R.G.Entsch. B. XVIII S. 365.

Zu dem Vorstehenden ist noch zu bemerken:

2. Es ist nicht richtig, daß die Beschränkung der Berechtigung des Gebührenbezugs für das Sühneverfahren auf den Fall, daß der Anwalt zuvor nur Auftrag für dieses erhalten hat, welche Beschränkung sich aus den Motiven mit Bestimmtheit ergibt, in dem Gesetze keinen Ausdruck gefunden habe. Zwar scheint der Abs. 1 des § 37 auch den Fall zu umfassen, daß das Sühneverfahren der Erhebung der Klage vorausgeht, der Erteilung der Prozeßvollmacht aber nachfolgt. Allein von einer „Anrechnung dieser Gebühr auf die Prozeßgebühr" kann nur dann die Rede sein, wenn ein selbständiges Verfahren vorangegangen ist, durch welches die Gebühr für das Sühneverfahren verdient ist, und dann ein weiteres Verfahren folgt, durch welches wiederum die Anrechnung der Prozeßgebühr begründet wäre. Soll der Prozeßbevollmächtigte berechtigt sein, neben der Prozeßgebühr noch weitere Gebühren zu berechnen, so wird dies anders ausgedrückt [1]).

3. Wenn die Motive zu § 37 Rechts A.G.O. aussprechen, die Mitwirkung des zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalts zu einem Sühneverfahren nach §§·471. 571 C.P.O. gehöre zum Prozeßbetrieb und es stehe ihm dafür keine besondere Vergütung zu, so befinden sie sich damit in Uebereinstimmung mit § 29 RechtsA.G.O. und den sonstigen Grundsätzen dieses Gesetzes. So wird S. 36 der Motive angeführt „die Prozeßgebühr umfaßt in ihren verschiedenen Abstufungen die gesamte Thätigkeit des Rechtsanwalts außerhalb der mündlichen Verhandlung, insbesondere die Information, die Anfertigung aller vorkommenden Schriftsätze und schriftlichen Anträge, die Wahrnehmung von Terminen, soweit solche neben der mündlichen Verhandlung etwa vorkommen, und den zum Prozeßverfahren erforderlichen Verkehr mit den Parteien, dem Gericht und dem Gerichtsvollzieher. Nach § 77 C.P.O. ermächtigt die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen und zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, somit auch zu den einen Vergleich be-

1) S. § 30 RechtsA.G.O.

zweckenden Handlungen und es ist anzunehmen, daß die durch Annahme des Auftrags begründete Verpflichtung regelmäßig der durch die Vollmacht erteilten Ermächtigung entspricht. Insbesondere ist das Sühneverfahren in Ehesachen nach § 570 C.P.O. ein so wesentlicher Teil des Prozesses, daß die Mitwirkung dazu als zu den durch die Bevollmächtigung zum Prozeß dem Anwalt aufgetragenen Geschäften gehörend anzusehen ist. So hat auch der klägerische Anwalt auf Grund seiner Prozeßvollmacht den Sühneversuch beantragt. Hätte die Kommission des Reichstags von diesen Grundsätzen eine Ausnahme zu machen beabsichtigt, so wäre diese besonders erwähnt und begründet worden, denn eine solche Aenderung konnte nicht als eine ganz unwesentliche bezeichnet werden. Es sind jedoch im Einzelnen nur die Aenderungen der §§ 9, 94a, 75, 28 hervorgehoben und es ist im Uebrigen nur bemerkt worden, daß die weiteren Aenderungen nur kleine mehr technische Einzelheiten und redaktionelle Veränderungen seien.

Nun ist allerdings richtig, daß unter den 8 Ziffern des § 29, welche von den Geschäften handeln, „welche zur Instanz gehören", die Mitwirkung bei einem Sühneverfahren nicht erwähnt wird. Allein § 29 Abs. 2 sagt: Zu der Instanz gehören insbesondere rc. und die Motive führen hiezu an: „unter 8 Nummern werden verschiedene Punkte als zur Instanz gehörig bezeichnet, bei denen es zweifelhaft sein könnte, ob sie nicht eine neue Instanz bilden könnten". Die Motive zu § 37 aber erachten eine ausdrückliche Festsetzung, daß auch die Mitwirkung zum Sühneverfahren zur Instanz gehöre, nicht für erforderlich, ersichtlich, weil sie dies nicht als zweifelhaft ansehen. Der äußere Grund, warum dieser Fall in § 29 nicht erwähnt wird, ist darin zu suchen, daß er sich auch in dem in § 29 Ziff. 6 angeführten § 47 Nr. 1—12 Gerichtskostengesetzes nicht findet. Er steht aber, was das Sühneverfahren in Ehesachen betrifft, den letztbezeichneten Fällen gleich, denn die Motive zu § 41 des Entwurfs, § 47 des Gerichtskostengesetzes, bemerken ausdrücklich: Gebühren werden auch nicht

erhoben für Sühneversuche innerhalb oder außerhalb des Rechtsstreits mit Ausnahme des in § 41 vorgesehenen Falles [1]).

Daraus aber, daß in einem gewissen Falle die Gebühr des § 37 auf die Gebühr des folgenden Rechtsstreits nicht angerechnet werden muß, darf nicht geschlossen werden, daß auch der Prozeßbevollmächtigte die Gebühr des Sühneverfahrens neben der Prozeßgebühr ansprechen dürfe, denn die Voraussetzungen beider Fälle sind, wie schon ausgeführt, nicht die gleichen und es muß z. B. die Gebühr für den Beweiseinzug zum ewigen Gedächtnis, § 22, und § 30 Ziff. 1, ebenfalls nicht auf die Gebühr eines nachfolgenden Rechtsstreits angerechnet werden [2]), dennoch ist sie in der Prozeßgebühr des § 13 inbegriffen, wenn die Prozeßvollmacht erteilt und der Rechtsstreit anhängig ist [3]).

4. Dem Rechtsanwalt steht die Gebühr des § 37 nur zu für ein der Klage vorausgehendes Sühneverfahren. Es ist zweifellos, daß der zum Prozeß bevollmächtigte Anwalt eine Gebühr nicht erhält, wenn die Parteien zum Zweck des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verwiesen werden, § 268 C.P.O.; und dies hat auch nach der Fassung des § 37 zu gelten, wenn der Sühneversuch in Ehesachen nach Erhebung der Klage nachgeholt wird, weil die Vorschrift des § 570 übersehen wurde [4]). Im Gegensatz hiezu dem mit Prozeßvollmacht versehenen Anwalt für ein der Klage vorangehendes Sühneverfahren eine besondere Gebühr zu gewähren, liegt kein Grund vor, denn die Mühe für das Anwohnen im Termin und für die Instruktion ist die gleiche. Nur der Antrag kommt noch hinzu. Es kann aber nicht angenommen werden, daß hiefür drei Zehnteile der Gebühr haben gewährt werden sollen. Dagegen erklärt sich der Unterschied, wenn es sich in Absatz 1 des § 37 von demjenigen Anwalt handelt, der nur zum Sühneverfahren Auftrag erhalten hat.

1) S Reichstagsverhandlung, 2. Sess. von 1878 Anlagen S. 589.
2) S. Motive zu § 22 S. 43.
3) S. § 29 Ziffer 3.
4) Reichsg.Entsch. B. XVIII, S. 364.

5. Hiefür spricht auch die Behandlung anderer ähnlicher dem eigentlichen Rechtsstreit vorangehender Prozeduren. Für das dem Prozeß vorausgehende Verfahren um Zulassung zum Armenrecht, für das Verfahren behufs Bestimmung des zuständigen Gerichts, § 36 C.P.O., bei welchem der höhere Richter anzugehen ist, für das Verfahren bei Bestellung eines Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei oder eines Nachlasses erhält der Anwalt drei Zehnteile der Gebühren des § 13, wenn sich die Thätigkeit des Anwalts ausschließlich auf diese Angelegenheiten erstreckt [1]). Nach § 29 Abs. 2 Ziffer 6 gehören aber alle diese Bemühungen zur Instanz und es wird der Anwalt durch die Gebühr des § 13 hiefür belohnt. Die Annahme, es habe die Teilnahme des Rechtsanwalts am Sühneverfahren in Ehesachen im Gegensatz zu diesen Fällen besonders begünstigt werden sollen, würde dem § 572 Abs. 1 C.P.O. widersprechen, denn hier ist ein Bevollmächtigter überhaupt ausgeschlossen, ein Beistand aber kann zurückgewiesen werden, und dies gilt auch für Rechtsanwälte [2]).

6. Hienach steht dem klägerischen Anwalt die Gebühr des § 37 RechtsA.G.O. im vorliegenden Fall nicht zu [3]). Ob die in den „Annalen des Reichsgerichts" B. VIII S. 88 veröffentlichte Entscheidung für die gegenteilige Ansicht angeführt werden kann, muß in Ermangelung genügender Angabe der thatsächlichen Grundlagen dahingestellt bleiben.

Beschluß des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 22. Februar 1889 in Sachen G. c. G.

---

1) S. § 23 R.A.G.O. in Verbindung mit § 47, Ziff. 2. 3 9 G.K.G. und hiezu Motive S. 44. 45, und Reichsg. bei Bolze III Nr. 1607.

2) S. Seuff. Komm. S. 700, Wilmowski S. 750.

3) Hiezu zu vergleichen: Busch, Zeitschr. f. Civilp. Bd. XIII, S. 367. 368.

Entscheidungen des K. Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

16.

Hat die nach dem Gesetz vom 13. März 1881, betr. die Einführung von Ordnungsstrafen bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824, des Wirtschaftsabgabengesetzes vom 9. Juli 1827 und des Hundeabgabegesetzes vom 8. Sept. 1852 (Reg.Bl. S. 171) zu erkennende Ordnungsstrafe eine subjektive Verschuldung zur Voraussetzung?

Urteil des Strafsenats vom 24. Oktober 1888 g. J. M. von Th. (Nr. 246 v. 1888.)

Die Verwaltungsbehörde hat gegen ein in der Berufungsinstanz ergangenes Urteil der Strafkammer N. Revision eingelegt. Dieselbe ist für begründet erachtet worden.

Aus den Gründen:

Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß der Angeklagte am 1. Juli 1887 im Besitz eines über 3 Monate alten Hundes war und denselben statt vor dem 1. Juli erst am 5. August (d. h. statt auf den 1. Juli erst auf 1. Oktober 1887) zur Versteuerung angezeigt hat. Als nicht festgestellt wurde vom vorigen Richter angesehen, daß der Angeklagte die für diesen Hund für das Quartal vom 1. Juli bis 30. September 1887 zu entrichtende Abgabe absichtlich hinterzogen habe. Vielmehr wurde zu seinen Gunsten unterstellt, daß er sich in dieser Beziehung in einem entschuldbaren Irrtum befunden habe. Auf Grund dieser Feststellung führen die Urteilsgründe der Strafkammer aus, daß gegen den Angeklagten eine Strafe überhaupt nicht erkannt werden könne, da nach einem der obersten Grundsätze des Strafrechts Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung ohne den Nachweis einer subjektiven Verschuldung niemals erfolgen dürfe. Es finde deshalb im vorliegenden Falle weder der dem Strafbescheid des Kameralamts zu Grunde

liegende Art. 5 des Gesetzes vom 8. Sept. 1852, betr. die Abgabe von Hunden, Anwendung, noch das von der Steuerbehörde eventuell angezogene Gesetz vom 13. März 1881.

Diese Ansicht der Strafkammer ist rechtsirrtümlich.

Die Revision macht mit Recht geltend,

1. daß der Art. 5 des Ges. v. 8. Sept. 1852 nichts Weiteres erfordert habe, als daß die im vorhergehenden Art. 4 vorgeschriebene Anzeige „unterlassen", d. h. thatsächlich nicht oder nicht rechtzeitig gemacht worden sei, wonach also vor Erlassung des Gesetzes vom 13. März 1881 gegen den Angeklagten, trotz mangelnder subjektiver Verschuldung, die Legalstrafe aus Art. 5 zu erkennen gewesen wäre;

2. daß das Gesetz vom 13. März 1881 hieran nur insofern etwas geändert habe, als es eine bloße Ordnungsstrafe dann eintreten lasse, „wenn nachgewiesen wird, daß eine Abgabenhinterziehung nicht habe verübt werden können oder nicht beabsichtigt gewesen sei".

Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus dem unzweideutigen Wortlaut der einschlägigen Gesetzesartikel in Verbindung mit den von der K. Staatsregierung dem Entwurfe des Gesetzes vom 13. März beigegebenen Motiven [1]), welche bei den Ständen keinen Widerspruch gefunden haben und, indem sie die Ausdehnung des von einem Teil der württembergischen Steuergesetze, sowie auch von den meisten Gesetzen über Reichssteuern bereits aufgenommenen Systems von Ordnungsstrafen auf das Accise-, Wirtschaftsabgaben- und Hundeabgabe-Gesetz als wünschenswert bezeichnen, wörtlich sagen: „Namentlich ließ der Mangel der Zulassung von Ordnungsstrafen an Stelle der lediglich an den objektiven Thatbestand geknüpften Legalstrafen in den Fällen entschuldbaren thatsächlichen oder Rechtsirrtums die nötige Gerechtigkeit in der Strafzumessung vermissen und war die Veranlassung, daß deren Ausgleichung in überaus zahlreichen Fällen im Gnadenwege herbeigeführt werden mußte".

1) Verh. der Kammer der Abg. v. 1880—82, I Beil.Band, Beil. 29, S. 138.

Gegenüber von diesem bestimmt ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers, dem Zweck der betreffenden Steuergesetze entsprechend, im finanziellen Interesse die Strafbarkeit solcher Uebertretungen nicht von der Voraussetzung einer subjektiven Verschuldung abhängig zu machen, kann den oben erwähnten allgemeinen Erwägungen der Strafkammer über die absolute Notwendigkeit jener Voraussetzung für die Bestrafung irgend welcher Handlungen oder Unterlassungen keine Bedeutung für die Gesetzesauslegung im vorliegenden Falle zukommen [1]).

17.

Welche Verpflichtungen legt die zur Vollziehung des württemb. Malzsteuergesetzes vom 8. Apr. 1856 erlassene Verfügung des K. Finanzministeriums v. 9. Apr. 1856 (Reg.Bl. S. 99) in § 32, Z. 1 u. Z. 5 den Bierbrauern u. s. w. bezüglich der vom Steuerpersonal vorzunehmenden Visitationen auf?

Strafsenat Urt. v. $\frac{24.}{31.}$ Okt. 1888 U.S. g. Fr. X. H. v. E.; Nr. 242 v. 1888.

Die Strafkammer in E. hatte in der Berufungsinstanz den Angeklagten wegen mehrerer Uebertretungen gegen das Malzsteuergesetz vom 8. April 1856 zur Strafe gezogen [2]).

1) Vgl. auch die auf ähnliche Bestimmungen anderer Abgabegesetze bezüglichen Entscheidungen des Reichsgerichts, Entsch. Bd. VII Nr. 74, S. 240, Bd. VIII, Nr. 54, S. 182 und Nr. 113, S. 390, Bd. X, Nr. 33, S. 110, Bd. XIV, Nr. 8, S. 15, u. a. m., sowie auch Löbe, Deutsches Zollstrafrecht, S. 77 ff.

2) In thatsächlicher Beziehung hatte der Berufungsrichter Folgendes als erwiesen erachtet: Als 1. der Steuerwachtmeister W. in E. am 6. und 9. Dez. 1887, und der Steuerwächter R. am 16. und 21. Jan. 1888, und 2. der letztere am 10. Febr. 1888 je morgens vor 6 Uhr an der Brauerei des Angekl. zur Vornahme einer Visitation sich einfanden, war das Hofthor der Anordnung des A. gemäß geschlossen. In der Brauerei wurde gearbeitet. Auf Läuten oder Klopfen des Beamten wurde das Thor nach Verlauf von 1—2 Minuten geöffnet. Dieses Thor bildet für

Der von demselben hiegegen eingelegten Revision wurde stattgegeben.

Aus den Gründen:

Art. 24, Z. 3 des Malzsteuergesetzes bestimmt, daß das Steuerpersonal zur Visitation der Gewerbsgelasse der Bierbrauereien u. s. w. berechtigt und verpflichtet ist. Dem entsprechend schreibt die Verfügung des K. Finanzministeriums vom 9. April 1856, betreffend die Vollziehung des genannten Gesetzes in § 32, Z. 1 vor, daß dieselben zu den hier bezeichneten Zeiten den Kontrollebeamten „zugänglich sein müssen", d. h. also, daß letztere am Zugang nicht gehindert sein dürfen.

Wie auch das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, ist „zugänglich sein" nicht gleichbedeutend mit „unverschlossen sein". Weder der gewöhnliche Sprachgebrauch, noch das Gesetz und seine Entstehungsgeschichte führt zu der Annahme, daß die Bierbrauer verpflichtet seien, ihre Brauereien und die dazu gehörigen Räume unverschlossen zu halten [1]).

Indem vielmehr die Z. 5 des § 32 der Vollzugsverfügung vorschreibt, daß die Malzeigentümer u. s. w. verbunden sind, die bezeichneten Räume und Gelasse den visitierenden Beamten „unverzüglich zu öffnen", ist das Verhältnis der Z. 1 und Z. 5 zu einander dies: daß dem Steuerpersonal in Beziehung auf den Zugang zu Brauereien u. s. w. kein Hindernis entgegengesetzt werden darf, außer dem Hindernis des Verschlusses, letzteres unter der Voraussetzung, daß der Malzeigentümer oder seine Gehilfen im gegebenen Fall ohne Verzug von ihrer Seite öffnen.

---

die Steuerbeamten den einzigen Zugang zu den Brauräumen. Durch dasselbe gelangt man zunächst in einen von dem Wirtschafts- und Wohngebäude und den Stallungen umschlossenen Hof und von diesem in einen bedeckten Durchgang. Dieser mündet in das Brauereigebäude. Vom Hofthor bis an das letztere hat man im Hof 20 Schritte und im Durchgang 40 Schritte zu gehen. Vom Eingang in den Hof hat man keinen Ueberblick über den Durchgang und die Brauerei.

1) Ausdrücklich anders z. B. bezüglich der Brennereien Art. 10, Abs. 4 des württ. Ges. v. 18. Mai 1885, betr. die Abgabe von Branntwein.

Ob im einzelnen Fall unverzüglich geöffnet wurde, ist Sache thatsächlicher Feststellung.

Der vorige Richter hat nun zwar ausgesprochen, daß nach den vorliegenden Umständen die Brauräume des Angeklagten den Steuerbeamten nicht in dem durch Z. 1 des § 32 gegebenen Sinne zugänglich gewesen seien. Einen Ausspruch über die Z. 5 aber und deren Verhältnis zur Z. 1 lassen die Urteilsgründe vermissen. Da nun aber die Z. 5 einen Verschluß voraussetzt und da den Feststellungen zu entnehmen ist, daß ein solcher Verschluß des Eingangsthores zur Brauerei des Angeklagten vorhanden war, so durfte die Strafkammer es nicht unterlassen, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob dieses Thor unverzüglich geöffnet worden sei. Darin, daß sie sich hierüber nicht ausgesprochen hat, liegt ein Verstoß, der zur Aufhebung des Urteils führen muß.

Da nun aber soviel festgestellt ist, daß auf Läuten oder Klopfen des Beamten das Thor „nach Verlauf von 1—2 Minuten" geöffnet wurde, und da hienach, in Verbindung mit den weiteren Feststellungen der Urteilsgründe über die lokalen Verhältnisse und Entfernungen, die Annahme ausgeschlossen erscheint, daß eine Zurückverweisung der Sache an die Strafkammer diese zu einem anderen Ergebnis, als dazu führen werde, auszusprechen, der Angeklagte habe nach Lage der Sache unverzüglich geöffnet, wonach derselbe seiner Verpflichtung nachgekommen ist, so war ohne weitere thatsächliche Erörterungen auf Freisprechung zu erkennen [1]).

18.

Revision wegen mangelnder Unterschrift der Privatklage. St.P.O. §§ 156, Abs. 2, 421. 380. 384. 389, Abs. 1. Beschluß des Strafsenats vom 12. Dezember 1888 in der Privatklagsache des J. G. E. von St. gegen Ch. F. R. von da wegen Beleidigung (Num. 335).

Der Rechtsanwalt A. reichte am 21. Juni 1888 bei dem

1) Die Verwaltungsbehörde war in der Hauptverhandlung vor dem

Amtsgericht S., unter Anschluß einer auf Erhebung und Vertretung der Privatklage lautenden Vollmacht des Privatklägers, eine in der Ueberschrift als von ihm herrührend bezeichnete Anklageschrift (d. d. 19. dess. Mts.) wegen einer von dem Angeklagten am 1. des nämlichen Monats begangenen Beleidigung gegen denselben ein. Dem für das Gericht bestimmten Exemplare war die Unterschrift des Schriftverfassers nicht beigesetzt; der für die Staatsanwaltschaft bestimmten Abschrift der Anklageschrift war am Schluß ein nicht leserlicher Stempelabdruck (es sollte der Abdruck eines Beglaubigungsvermerks sein), welchem übrigens Rechtsanwalt A. seine Namensunterschrift angehängt hatte, beigefügt. Nach erfolgtem Eröffnungsbeschluß rügte der Verteidiger diese Mängel, worauf noch vor Ablauf der Strafantragsfrist im Lauf des Verfahrens erster Instanz (am 17. Aug.) der klägerische Anwalt eine von ihm unterzeichnete, erneuerte Ausfertigung der Anklageschrift vom 19. Juni bei Gericht einreichte, wovon eine Abschrift dem Verteidiger zugestellt wurde. Das den Angeklagten wegen Beleidigung verurteilende Gericht erster Instanz nahm an, daß die erhobene Privatklage trotz der bezeichneten Mängel den gesetzlichen Erfordernissen entspreche. Das die Berufung des Angeklagten verwerfende Urteil II. Instanz trat dieser Anschauung bei, wobei es noch aussprach, daß zwar vor Einleitung des Verfahrens eine Ergänzung der mangelhaften Klage hätte angeordnet werden sollen, daß aber, nachdem einmal das Hauptverfahren eröffnet und die gedachte erneuerte Einreichung der Privatklage stattgefunden habe, hiezu keine Veranlassung mehr vorgelegen sei. Die Revision des Angeklagten wurde aus folgenden Gründen durch Beschluß gemäß § 389 Abs. 1 der St.P.O. als unzulässig verworfen:

Die Revision hat zunächst geltend gemacht, die erste von seiten des Rechtsanwalts A. in — (des Bevollmächtigten des Privatklägers) eingereichte Privatklage sei nicht formgerecht

Revisionsgericht nicht vertreten, und hatte auch auf die Zustellung der Revisionsschrift eine Gegenerklärung nicht eingereicht.

erhoben worden, da dem für das Gericht bestimmten Exemplare der Anklageschrift die Unterschrift des klägerischen Anwalts, der für die Staatsanwaltschaft bestimmten Abschrift aber die, wie sich aus § 37 der St.P.O. vgl. mit §§ 155. 156 der C.P.O. ergebe, erforderliche Beglaubigung durch denselben fehle, es sei deshalb eine giltige Privatklage, ja sogar ein giltiger Strafantrag in dieser Klage nicht zu finden, und es hätte somit Einstellung des Verfahrens gemäß § 259 der St.P.O. oder Freisprechung des Angeklagten erfolgen sollen. Weiterhin hat die Revision mit Bezug auf die im Lauf des Verfahrens erster Instanz, nach erfolgtem Eröffnungsbeschluß, von dem klägerischen Anwalt eingereichte zweite, eine Erneuerung der ersten Klage enthaltende, mit seiner Unterschrift versehene Privatklage ausgeführt, der Berufungsrichter habe mit Unrecht die gerügten Mängel der ersten Klage als durch die erneuerte Klage geheilt angesehen, denn es seien, was die zweite Klage anbelange, die auf die Vornahme eines Sühneversuchs, auf die Mitteilung einer Abschrift der Anklageschrift an die Staatsanwaltschaft und einer solchen an den Beschuldigten, auf die dem Gericht obliegende Prüfung der eingegangenen Klage, sowie auf die Fassung eines Gerichtsbeschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens bezüglichen, in den §§ 420. 421. 422 (vergl. mit § 418), sowie §§ 423 und 424 (vergl. mit §§ 153. 201. 205. 263—265) der St.P.O. enthaltenen gesetzlichen Vorschriften nicht gewahrt worden. — Indem nun die Revision selbst davon ausgeht, daß — wenn auch nach ihrer Ansicht erst durch die erneuert eingereichte Privatklage — ein rechtsgiltiger Strafverfolgungsantrag gestellt worden sei, richtet sie sich bloß gegen die prozessuale Behandlung der Sache, welche sie mit den der Urteilsfindung durch den Eröffnungsbeschluß gezogenen Grenzen nicht vereinbar erachtet; sie rügt also nur die Verletzung solcher Rechtsnormen über das Verfahren, auf welche nach § 380 der St.P.O. die Revision gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Landgerichte nicht gestützt werden kann.

19.

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen im Strafverfahren der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Steuergesetze erlassenen Strafbescheid bei der denselben bekannt machenden Behörde.

St.P.O. § 459 Abs. 2; Gesetz vom 25. Aug. 1879, betr. das Verfahren der Verwaltungsbehörden bei Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze, Art. 14, Abs. 2, und Art. 22.

Beschluß des Straffen. v. 29. Dez. 1888 (Num. 338).

Das K. Steuerkollegium hat auf den Grund einer von dem K. Kameralamt G. (als dem betreffenden Hauptamte) geführten Untersuchung am 17. April 1888 einen Strafbescheid erlassen, durch welchen „die Hinterlassenschaft" des verstorbenen Bauers G. B. von R., „beziehungsweise die Alleinerbin Eva B.", Wittwe desselben, wegen der in den Jahren 1880 bis 1885 von dem verstorbenen B. fortgesetzt verübten Gefährdung der Kapitalsteuer im Betrag von — M. für den Staat und — M. für die Amtskörperschaft und Gemeinde in Anwendung des Art. 11 Abs. 1 und 4 und Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 19. Sept. 1852, betreffend die Steuer vom Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, und Art. 5 des Gesetzes vom 15. Juni 1853, betr. die Besteuerung des Einkommens von Kapitalien 2c. für die Zwecke der Amtskörperschaften und Gemeinden, in die Geldstrafe des zehnfachen Betrags der hinterzogenen Steuer mit — M. für den Staat und — M. für die Korporationen verfällt und zum Ersatz von Untersuchungskosten verpflichtet wurde.

Dieser von dem K. Steuerkollegium an das K. Kameralamt G. zur Eröffnung an die Witwe E. B. ausgeschriebene (mit der in § 459 der St.P.O. bezeichneten, die Rechtsbehelfe „des Beschuldigten" betreffenden Eröffnung versehene) Strafbescheid ist der Eva B. in der durch Art. 22, in Verbindung mit Art. 14 Abs. 2 des Gesetzes vom 25. Aug. 1879, betr. das Verfahren der Verwaltungsbehörden bei Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze, vorgeschriebenen Weise

am 30. April 1888 dadurch bekannt gemacht worden, daß ihr an diesem Tage eine Abschrift desselben durch Vermittelung des von dem K. Kameralamt G. hiezu beauftragten Ortsvorstandes („Schultheißenamtes") zu N. zugestellt wurde.

In einer an das Schultheißenamt N. gerichteten, vom 7. Mai 1888 datierten Eingabe, welche (ohne an das K. Kameralamt G. zu gelangen) bei dem K. Steuerkollegium zufolge des Präsentatumsvermerks am 8. desselben Monats einkam, hat der von Eva B. in dieser Angelegenheit laut Vollmacht vom 7. Mai 1888 mit ihrer Verteidigung betraute und insbesondere zur Stellung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung beauftragte Rechtsanwalt A. von — den letztgedachten Antrag gestellt.

Nachdem die Akten zufolge dieses Antrags von dem K. Steuerkollegium der K. Staatsanwaltschaft zu H. übersendet, und von dieser der Strafkammer des K. Landgerichts daselbst vorgelegt worden, hat dieses Gericht am 27. Okt. 1888 beschlossen, den Antrag auf gerichtliche Entscheidung wegen Versäumung der hiefür festgesetzten Frist zurückzuweisen. — Gegen diesen Beschluß hat Rechtsanwalt A. unterm 5./6. vor. Mts. bei dem gedachten Gerichte Beschwerde eingelegt, in welcher er ausführt: die festgestellte Thatsache, daß der Strafbescheid des K. Steuerkollegiums der Eva B. schon am 30. April d. J. zugestellt worden, der Antrag auf gerichtliche Entscheidung aber erst am 8. Mai bei dem K. Steuerkollegium eingekommen, sei nicht maßgebend, vielmehr sei die Antragsfrist schon am 30. April und noch zweimal am 7. Mai durch Stellung dieses Antrags beim Schultheißenamt N. gewahrt worden; am 30. April habe nämlich Eva B. sofort bei „Eröffnung" des Strafbescheids durch das Schultheißenamt N. vor diesem — demgemäß nach § 459 der R.St.P.O. für die Entgegennahme des Antrags auf gerichtliche Entscheidung zuständigen — Schultheißenamte die mündliche, wenn auch nicht protokollierte Erklärung abgegeben, sie nehme den Strafbescheid nicht an, sie beantrage gerichtliche Entscheidung, am 7. Mai aber habe Rechtsanwalt A. dem zu ihm gekommenen und ihm

im Auftrag der Eva B. deren Verteidigung übertragenden Schultheißen M. von R. den schriftlichen Antrag auf gerichtliche Entscheidung übergeben und sodann Eva B. bei dem Schultheißen M. auf dessen Amtszimmer in R., bei Unterzeichnung der Vollmacht auf ihren Verteidiger, die Frage des Schultheißen, ob sie auf ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung beharre, bejaht, worauf denn auch Schultheiß M. noch am 7. Mai den (schriftlich von dem Verteidiger gestellten) Antrag auf die Post zur Beförderung an das K. Steuerkollegium gegeben habe.

Diese Ausführung der Beschwerde ist, auch wenn alles sich so, wie in derselben vorgetragen, verhält, nicht zutreffend. Nach § 459 der St.P.O. ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den Strafbescheid einer Verwaltungsbehörde binnen einer Woche nach der Bekanntmachung bei der Verwaltungsbehörde, welche denselben erlassen, oder bei derjenigen, welche ihn bekannt gemacht hat, anzubringen. Das Reichsrecht hat es für die reichsgesetzlich zugelassenen (der landesgesetzlichen Anordnung überlassenen) Verwaltungsstrafsachen dem Landesrecht überlassen, die zur Erlassung und die zur Bekanntmachung von Strafbescheiden zuständigen Verwaltungsbehörden zu bestimmen und anzuordnen, auf welche Art die Bekanntmachung zu erfolgen habe, und es hat das Landesgesetz vom 25. Aug. 1879, was insbesondere die Zuständigkeit zur Bekanntmachung der Strafbescheide anbelangt, in Art. 22 die Bestimmung getroffen, daß „die Strafbescheide durch das Hauptamt, „welches die Untersuchung geführt hat, dem Beschuldigten zu „Protokoll zu eröffnen oder auf dem für die Behändigung von „Vorladungen vorgeschriebenen Wege (Art. 14 Abs. 2) in Abschrift zuzustellen seien". — Wie nun schon der eine bestimmte Art von Bekanntmachung nicht voraussetzende § 459 der R.St.P.O. darauf hinweist, daß unter der „Verwaltungsbehörde", welche den Strafbescheid bekannt macht, diejenige Behörde zu verstehen sei, welche die zu der Bekanntmachung überhaupt gehörenden Maßnahmen sei es selbst vornimmt, sei es veranlaßt, so daß andere hiezu von ihr Beauftragte, als ihre Or-

gane handelnd, die von ihr angeordneten Maßnahmen ausführen, so tritt dieser Gesichtspunkt auch aus dem Landesgesetz vom 25. Aug. 1879 hervor, welches in dem gedachten Artikel 22 es dem bezeichneten Hauptamte überläßt, ob es eine Bekanntmachung durch Eröffnung zu Protokoll oder durch Zustellung in Abschrift vornehmen will, und dasselbe Hauptamt für den Fall der Wahl der Bekanntmachung durch Zustellung als diejenige Behörde bezeichnet, welche zustellt („durch das Hauptamt 2c. zuzustellen"), und in Art. 14 Abs. 2 bezüglich der zu der Zustellung im weiteren Sinn gehörenden, sie vorbereitenden, veranlassenden und ausführenden Akte nur gestattet, daß der zur Ausführung einer Zustellung gehörende Akt der Behändigung des Schriftstücks von dem Hauptamte einer der dort bezeichneten amtlichen Personen, beziehungsweise der Post, als den im Auftrag des Hauptamtes handelnden Organen desselben, übertragen werde, also solchen Beauftragten, bei welchen zum Teil schon der Natur der Sache nach ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht anzubringen ist. — Im vorliegenden Falle also, in welchem das K. Steuerkollegium den Strafbescheid erlassen, das K. Kameralamt G. denselben bekannt gemacht hat, konnte keinesfalls bei dem Ortsvorstande (Schultheißenamte) zu N. der Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit rechtlicher Wirksamkeit angebracht werden, und die Beschwerdeführerin hat, da ihr Antrag erst am 8. Mai 1888 bei dem K. Steuerkollegium einkam, die gesetzliche Frist zur Stellung eines solchen Antrags versäumt; ihre Beschwerde gegen den angefochtenen Beschluß vom 27. Oktober 1888 kann daher keinen Erfolg haben.

Der Entscheidung des Beschwerdegerichts entzogen ist hiebei übrigens jede den Rechtsbestand des Strafbescheids betreffende Frage, welche nicht in Beziehung steht zu der Frage, ob diejenigen formalen Voraussetzungen vorliegen, welche die Anfechtung des ergangenen Strafbescheides durch Anrufung gerichtlicher Entscheidung auf dem durch §§ 459 ff. der R.St.P.O. vorgesehenen Wege zulassen oder ausschließen.

Aus vorstehenden Gründen und gemäß § 505 Abs. 1

der R.St.P.O. wird beschlossen: die eingelegte Beschwerde als unbegründet zu verwerfen und der Beschwerdeführerin die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen.

20.

Streit über die Notwendigkeit von Auslagen des freigesprochenen Angeklagten in einer Privatklagsache; Beschwerde gegen eine ergangene Entscheidung.

St.P.O. § 496, Abs. 2 und § 503 Abs. 2.

Beschlüsse des Straffen. vom 12. und 29. Dezember 1888. (Num. 344 und 355.)

In der Privatklagsache des X. B. von E. gegen X. K. von da wegen Beleidigung und Körperverletzung ist durch rechtskräftig gewordenes Berufungsurteil der Strafkammer des K. Landgerichts — vom 25. Aug. 1888 der Angeklagte K. freigesprochen und der Privatkläger in die Kosten des Verfahrens beider Instanzen, einschließlich der notwendigen Auslagen des Angeklagten, verfällt worden. Nach eingetretener Rechtskraft des Berufungsurteils richtete der Rechtsanwalt F., als Prozeßbevollmächtigter des Angeklagten, unterm $\frac{17.\text{ Sept.}}{6.\text{ Okt.}}$ 1888 an die Strafkammer das Gesuch um Festsetzung der in der Berufungsinstanz dem Angeklagten erwachsenen notwendigen Auslagen gemäß § 496 Abs. 2 der St.P.O. Zum Nachweis des Vorliegens eines Streites schloß Rechtsanwalt F. seinem Gesuche die seinerseits am 10. September 1888 an den Privatkläger, unter Anschluß der Kostenberechnung, gerichtete Aufforderung zur Zahlung im Konzept mit dem die Absendung dieser Aufforderung betreffenden Postschein an. In der gedachten Aufforderung war Zahlung bis zum 15. desselben Monats verlangt, widrigenfalls angenommen würde, daß die Höhe der Kosten bestritten werde; es erfolgte aber weder Zahlung noch Antwort. Durch Beschluß der Strafkammer vom 20. Oktob. 1888 wurden, insoweit dem Antrag des Rechtsanwalts F. entsprechend, die von dem Privatkläger dem Angeklagten zu erstattenden notwendigen Aus-

lagen in der Höhe von — M. festgesetzt, während die Auslagen, welche dem Angeklagten durch die unmittelbare Ladung von drei zur Hauptverhandlung der zweiten Instanz von ihm gestellten und in derselben vernommenen Zeugen und durch Ausbezahlung der Zeugengebühren an dieselben erwachsen waren, gestrichen wurden, indem der Beschluß vom 20. Okt. aussprach, daß diese Kosten nicht als notwendige Auslagen angesehen werden können, wobei der Durchstrich in der Kostenberechnung durch die Bemerkung: „Zur Aufklärung der Sache nicht dienlich. § 219, Abs. 3 St.P.O." erläutert war. Die Stellung der 3 Zeugen war, nachdem das Berufungsgericht einem Antrage des Privatklägers auf Ladung von vier zum Beweise der Anklage benannten Zeugen entsprochen hatte, seitens des Angeklagten zum Gegenbeweise erfolgt. Rechtsanwalt F. erhob gegen den Abstrich der Zeugengebühren (im Gesamtbetrag von 11 M. 40 Pf.) Beschwerde, die er, falls die Strafkammer nicht von sich aus den Abstrich aufzuheben veranlaßt sei, dem Oberlandesgerichte vorzulegen bat, worauf ohne weiteres Aktenvorlegung an das Beschwerdegericht erfolgte. Der Strafsenat verfügte zunächst unterm 12. Dezember 1888 — davon ausgehend, daß die erhobene Beschwerde die einfache (nicht die sofortige) sei — Aktenzurückgabe an die Strafkammer mit dem Anfügen, daß der Strafsenat nach Lage der Sache zu einer Entscheidung nicht veranlaßt sei, da sich aus den Akten nicht ergebe, daß die (von dem Beschwerdeführer in erster Linie um Abänderung ihres Beschlusses angegangene) Strafkammer sich darüber schlüssig gemacht habe, ob sie von sich aus der erhobenen Beschwerde abzuhelfen Grund finde. — Nachdem die Strafkammer die Akten mit der Aeußerung wieder vorgelegt hatte, daß sie keinen Grund finde, der erhobenen Beschwerde abzuhelfen, erging seitens des Strafsenats — welcher den vorliegenden Umständen zufolge Widerspruch des Gegners des Beschwerdeführers gegen dessen Anspruch als erhoben ansah [1]) —

1) Ebenso 29. Dez. 1888 (Kostenfestsetzung in der P.Klagf. des M.

unter Aufhebung des Beschlusses der Strafkammer, insoweit er angefochten war, gemäß §§ 351 und 503 Abs. 2 in Verbindung mit § 496 Abs. 2 der St.P.O. die Entscheidung, daß dem Privatkläger die gedachten auf 11 M. 40 Pf. sich belaufenden Auslagen des Angeklagten zur Erstattung an diesen aufzuerlegen seien, und daß der Privatkläger die Kosten der gegenwärtigen Entscheidung zu tragen habe. Maßgebend war hiebei die Erwägung, daß die seitens des Angeklagten beantragte und seitens des Berufungsgerichts erfolgte, auf die Vernehmung jener 3 Zeugen gerichtete Beweisaufnahme nach Lage der Sache als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung geschehen erscheine, und daß sonach die dadurch veranlaßten Kosten als notwendige Auslagen anzusehen seien, sowie daß ein gegen die Höhe sprechender Grund weder vorgebracht worden, noch sonstwie sich ergeben habe.

21.

Anrechnung von Reisekosten eines bestellten Verteidigers zur Ausbezahlung aus der Staatskasse. St.P.O. § 150.

Beschl. vom 3. Jan. 1889 in U.S. gegen H. W. von A. wegen Raubs (Num. 18 v. 1889).

Bei dem K. Landgerichte S. war gegen H. W. von A. eine Untersuchung wegen Raubs anhängig. Nach Einreichung der Anklageschrift wurde am 30. Okt. 1888 gemäß § 140, letzt. Absatz, der St.P.O. zum Verteidiger des Angeschuldigten der am Sitz jenes Landgerichts wohnhafte Rechtsanwalt — bestellt, welcher darauf hin auch die Verteidigung in dem demnächst eröffneten Hauptverfahren geführt hat. Der Angeschuldigte war vor Eröffnung des Hauptverfahrens bei dem K.

R. von C. gegen F. Sch. von L.) Nachweis des Streites durch Vorlegung der an den kostenpflichtigen Gegner zur Zahlung binnen bestimmter Frist, widrigenfalls weitere gerichtliche Schritte zu gewärtigen, gerichteten schriftlichen Aufforderung mit Zustellungsurkunde nach fruchtlosem Ablauf der Frist.

Amtsgerichte E., bei welchem die Voruntersuchung geführt wurde, in Untersuchungshaft. Der Verteidiger beanspruchte nun, neben den sonstigen Verteidigungsgebühren, für eine von ihm vor dem Eröffnungsbeschlusse, am 5. Nov., nach E. zu einer Besprechung mit dem Angeschuldigten gemachte Reise die Bezahlung der von ihm gemäß § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte berechneten Reisekosten aus der Staatskasse. Der Vorsitzende des Schwurgerichts strich diese letztere Anforderung und auf eine von dem Verteidiger erhobene Vorstellung beschloß die Strafkammer des Landgerichts (G.V.G. § 82) am 31. Dez. 1888 Abweisung des erhobenen Anspruchs. Die Strafkammer ging davon aus, daß ein bestellter Verteidiger überhaupt für eine Reise einer Ermächtigung oder doch, bei Gefahr im Verzug, einer nachträglichen Genehmigung des zuständigen Richters bedürfe, und begründete im übrigen ihre Entscheidung auf die aus dem Nachstehenden ersichtliche Weise.

Gegen den Beschluß der Strafkammer erhob der Verteidiger Beschwerde, welche von dem Strafsenat des Oberlandesgerichts aus folgenden Gründen verworfen wurde:

Der Beschwerdeführer — — — hat — — — für eine von ihm am 5. November 1888 — — — gemachte Reise eine von ihm auf — berechnete Reisekostenentschädigung zur Ausbezahlung aus der Staatskasse geltend gemacht. — Diese Anforderung ist durch den angefochtenen Beschluß mit Bezugnahme darauf zurückgewiesen worden, daß der verhaftete Angeschuldigte gemäß § 148 Abs. 1 d. St.P.O. zwar berechtigt gewesen sei, zu verlangen, daß er zur Ermöglichung mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger nach S. (Sitz des Landgerichts) gebracht werde, nicht aber — ohne besondere Gründe — zu dem Verlangen einer Reise des Verteidigers zu ihm, und daß nichts im Wege gestanden sei, die Zulieferung des Angeschuldigten nach S. nachzusuchen. — Hiegegen hat der Beschwerdeführer geltend gemacht, daß er nicht habe wissen können, ob die Möglichkeit einer Zulieferung des Angeschuldigten nach S. gegeben gewesen sei, daß ein derartiges Ersuchen um eine gerichtliche Entscheidung mit erheblichem Zeitverlust verbunden

sei und daß damit dem Gerichte eine Kognition über die Notwendigkeit einer Besprechung des Verteidigers mit dem von ihm verteidigten Beschuldigten eingeräumt würde, während doch eine solche Kognition dem Gerichte nicht zukomme.

Allein, wenn auch die fragliche Besprechung des Verteidigers mit dem Angeschuldigten als ein durch die Information gebotener Akt anzusehen ist, so ist doch die Liquidierung der durch die Art und Weise der Vornahme dieses Aktes veranlaßten Kosten gegenüber der Staatskasse nicht gerechtfertigt. — Der Verteidiger hat unterm 4. November v. J. — dem seiner Reise nach E. vorhergehenden Tage — in einer an das Landgericht S. gerichteten Eingabe um (stillschweigende) Verlängerung der dem Angeschuldigten gemäß § 199 der St.P.O. gewährten (noch nicht abgelaufenen) Verteidigungsfrist zum Zwecke der Stellung von Beweisanträgen gebeten, und es ist nicht abzusehen, welches Hindernis entgegengestanden sein sollte, neben jenem (Willfahrung in Aussicht nehmenden) Gesuche das Gericht von dem damit zusammenhängenden Vorhaben einer, für die Information des Verteidigers als bedeutungsvoll erachteten Besprechung mit dem Angeschuldigten in Kenntnis zu setzen und hiedurch dem Gerichte die Möglichkeit zu gewähren, anzuordnen, wo die Besprechung des Verteidigers mit dem in gerichtlichem Gewahrsam befindlichen Angeschuldigten stattzufinden habe, und demgemäß, je nach Befund, den Angeschuldigten in das am Sitz des Landgerichts und Wohnort des Verteidigers befindliche Gefängnis einliefern zu lassen. Es ist auch nach dem Inhalt der Akten nicht zu bezweifeln, daß das Gericht den letztgedachten, mit Ersparung von Reisekosten des Verteidigers verbundenen Weg gewählt haben würde. — Mit Unrecht meint der Beschwerdeführer, daß ein seinerseits an das Gericht gestelltes Ersuchen um Zulieferung des Angeschuldigten nach S. dem Gerichte eine Kognition über die Notwendigkeit der Besprechung des Verteidigers mit seinem Klienten eingeräumt hätte. Dies trifft weder für den vorliegenden noch überhaupt für irgend einen Fall der auf ein gesetzlich eingeräumtes Recht sich gründenden Bitte eines

Verteidigers um Zulassung zu seinem in einem Gefängnis verwahrten Klienten zu, und der angefochtene Beschluß hat auch eine solche Kognition für das Gericht gar nicht in Anspruch genommen.

Es ist also der Aufwand, der dem Verteidiger durch seine nach E. gemachte Reise erwachsen ist, nicht als eine notwendige oder nützliche Auslage anzusehen und er fällt demgemäß auch nicht unter die nach § 150 der St.P.O. dem Verteidiger aus der Staatskasse zu gewährende Entschädigung.

22.

Beschwerde gegen Festsetzung der in Privatklagsachen dem Gegner zu erstattenden Auslagen.

St.P.O. §§ 496, Abs. 2 und 503, Abs. 5. —

Beschluß des Strafsen. vom 6. Febr. 1889 (Num. 23 v. 1889).

In der Privatklagsache des Kaufmanns K. E. von E., Privatklägers, gegen den Kaufmann H. S. von L., Angeklagten, wegen Beleidigung hat Rechtsanwalt —, als Vertreter des Angeklagten, gegen den unter dem 31. Dezember 1888 ergangenen, den Betrag der von dem verurteilten Angeklagten dem Privatkläger zu erstattenden Auslagen, worunter Reisekosten des Anwalts des letzteren, festsetzenden Beschluß der Strafkammer des K. Landgerichts R. unterm 5./7. bezw. 9./10. vor. Mts. weitere Beschwerde erhoben.

Die Zulässigkeit weiterer Beschwerde wird darauf gestützt, daß gemäß § 503 Abs. 5 d. St.P.O. die Erstattung der Anwaltskosten sich nach § 87 der C.P.O. richte, sonach für das ganze Kostenerstattungsverfahren die Bestimmungen der Civilprozeßordnung maßgebend erscheinen, folglich auch § 531 Abs. 2 der letzteren Anwendung finde, wobei noch gerügt wird, daß vor der angefochtenen Entscheidung dem Gegner des damaligen Beschwerdeführers (dem nunmehrigen Beschwerdeführer) Gelegenheit zu einer Gegenerklärung nach § 350 der St.P.O. nicht gegeben worden sei.

Allein die Bestimmungen des § 87 der C.P.O. kommen zwar bezüglich des Umfangs der im Privatklageverfahren nach § 503 der St.P.O. dem Gegner zu erstattenden Auslagen in Betracht, das Verfahren über einen hinsichtlich der Auslagenerstattung entstandenen Streit dagegen ist durch § 496 Abs. 2 d. St.P.O. geregelt und für Beschwerden gegen hienach ergangene Entscheidungen sind die Bestimmungen der Strafprozeßordnung maßgebend. Nach § 352 der St.P.O. ist aber die weitere Anfechtung der in der Beschwerdeinstanz ergangenen landgerichtlichen Beschlüsse nur unter der hier nicht zutreffenden Voraussetzung, daß sie Verhaftungen betreffen, zuläſſig.

Hienach und gemäß § 505 Abs. 1 der St.P.O. wird, ohne daß eine Würdigung des gegen eine vermeintliche Verletzung des § 350 der St.P.O. sich richtenden Beschwerdegrundes zu erfolgen hat, beschlossen: die erhobene weitere Beschwerde als unzulässig zu verwerfen und dem Beschwerdeführer die Kosten des Rechtsmittels aufzuerlegen.

X.

Ist Artikel 5, Ziffer 3 des Landesgesetzes betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. August 1849 auf die Fälle der Begünstigung und Hehlerei anzuwenden?

Von

Herrn Landrichter Schwab in Ulm.

Gegen den Musketier E. des 6. württ. Infanterieregiments Nr. 124 war unter der Anklage der einer Civilperson zur Begehung eines schweren Diebstahls geleisteten Beihilfe das Hauptverfahren vor der Strafkammer des K. Landgerichts U. eröffnet worden. Die Hauptverhandlung erbrachte für die Annahme einer Beihilfe auf Seiten des E. keinen genügenden Nachweis, dagegen stellte sich seine Thätigkeit als ein Ver-

brechen der Hehlerei i. S. des § 258, Ziff. 2 des St.G.B. an dem von der Civilperson begangenen schweren Diebstahl dar. Entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft, sich bezüglich des E. als unzuständig zu erklären und denselben der Militärbehörde zur Aburteilung zu überweisen, da die Hehlerei, ein nach den Bestimmungen des R.St.G.B. selbständiges Vergehen, als eine Beteiligung im Sinn des oben angeführten Artikels nicht erscheine, hat die Strafkammer den E. wegen Hehlerei verurteilt und ihre Zuständigkeit damit begründet, daß Begünstigung und Hehlerei nach dem R.St.G.B. zwar nicht als Teilnahme im engeren Sinn, immerhin aber als Arten einer Beteiligung im Sinn des Gesetzes v. J. 1849 aufzufassen seien.

Die Frage, ob, wenn sich eine Militärperson einer Begünstigung oder Hehlerei bezüglich eines von einer Civilperson begangenen Verbrechens oder Vergehens schuldig macht, (oder umgekehrt die Militärperson Hauptthäter, die Civilperson Begünstiger oder Hehler ist,) der Gerichtsstand des bürgerlichen Gerichts auch für die Militärperson begründet ist, soll im Folgenden einer näheren Erörterung unterzogen werden.

Der befreite Gerichtsstand eremter Personen wird an sich, ohne spezielle dahin gehende gesetzliche Bestimmung, durch die Fälle des — auf die Beteiligung Mehrerer an einem Verbrechen sich gründenden — Zusammenhangs nicht aufgehoben. Dieser im gemeinen Recht anerkannte Grundsatz wurde im württemb. Prozeß [1]) festgehalten und gilt auch für die Reichsstrafprozeßordnung [2]). Er findet an sich auch Anwendung auf die nach § 39, Abs. 1 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 auf Strafsachen beschränkte besondere Gerichtsbarkeit über Militärpersonen, welche durch das Reichsgerichtsverfassungsgesetz nicht berührt wird (§ 7 des Einführungsges.). Von jeher hat sich aber das Bedürfnis geltend gemacht, zu vermeiden, daß

1) Vgl. Art. 27, Abs. 3 der Strafproz.-O. v. 22. Juni 1843 und Entstehungsgeschichte dieses Artikels bei Holzinger, Kommentar, S. 287. Art. 23 der St.P.O. v. J. 1868.

2) Stenglein, Kommentar, Note 5 zu § 3 der R.St.P. O.

über die Thätigkeit mehrerer Personen in Beziehung auf dieselbe strafbare Handlung zweimal und zwar von verschiedenen Gerichten verhandelt und entschieden werde. Dieses Bestreben hat in den verschiedenen Ländern zu verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen geführt. Während die Preuß. Militärstrafgerichtsordnung v. 3. April 1845 für den Fall gemeinschaftlicher Verübung von Verbrechen durch Militär- und Civilpersonen (und auch für wechselseitige Beleidigungen und Thätlichkeiten) die Führung der Untersuchung durch ein aus Militär- und Civilpersonen zusammengesetztes Gericht anordnet, hat die Württemb. Gesetzgebung erstmals [1]) im Art. 129, Ziff. 4 der militärischen Strafgesetze vom 20. Juli 1818 bestimmt: „Wenn Soldaten oder Unteroffiziere in Gemeinschaft mit bürgerlichen Personen ein gemeines Verbrechen begehen, so kann die Untersuchung sowohl, als die Bestrafung der Civilbehörde überlassen werden, wenn der Zusammenhang der Sache solches fordert“.

Ueber „Abtretung“ der schuldigen Militärperson an die Civilbehörde hat nach Ziff. 7 a. a. O. das Kriegsministerium zu entscheiden. Offiziere können nach Ziff. 6 nur nach vorgängiger Entlassung oder Entsetzung der Civilbehörde zur Untersuchung und Bestrafung übergeben werden.

In Art. 36 der StrafP.O. vom 22. Juni 1843 wird hinsichtlich des Gerichtsstands der Militärpersonen auf die militärischen Strafgesetze verwiesen. Einem Antrag der Kommission der Kammer der Abgeordneten zu diesem Artikel (Art. 32 des Entw.), den bürgerlichen Strafgerichten gegen Soldaten und Unteroffiziere wegen im Urlaub begangener gemeiner Verbrechen und Vergehen die Untersuchung und Entscheidung zuzuweisen, wurde von den Ständekammern keine Folge gegeben. Bei der Beratung der Kammerkommission und schon bei der Beratung der Kommission der Abgeordnetenkammer v. J. 1838 (zum Kompetenzgesetz) war die Zweckmäßigkeit der Ziff. 4 und 7

1) Die in Kap. 30—33 enthaltenen prozessualischen Bestimmungen des Dienstreglements v. J. 1810 geben keine einschlägige Vorschrift, ebensowenig die K. Verordn. v. 14. März 1815 die Militär-Jurisdiktion betr.

des cit. Art. 129 in Zweifel gezogen und, namentlich in letzterer Kommission, zur Begründung der Ansicht, daß die Zuweisung gemeiner Vergehen der Militärpersonen an die Civilbehörde sich empfehle, ausgeführt worden, im Fall der Komplizität von Militär- und Civilpersonen pflege die „Abtretung" der ersteren an die Civilgerichte seitens der Militärbehörden stets ohne weiteres zu erfolgen [1]). Eine Abänderung der Militärgesetze wurde jedoch nicht beschlossen, und so blieben die angeführten Bestimmungen des Art. 129 cit. auch nach Einführung der St.P.O. v. J. 1843 bis zum Erlaß des Gesetzes betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849 in Geltung. Der einschlägige Artikel 5, Ziff. 3 dieses Gesetzes lautet: „Sind Civil- und Militärpersonen" (also nunmehr auch Offiziere) „beschuldigt, sich an der nämlichen strafbaren Handlungen beteiligt zu haben, so gehört in Ansehung aller Beschuldigten das Verfahren und die Entscheidung vor das zuständige bürgerliche Gericht. Eine Ausnahme findet bei solchen strafbaren Handlung statt, welche das Gesetz als militärische Verbrechen oder Vergehen bezeichnet [2])". Diese gesetzliche Bestimmung ist, dem Antrag der Kommission entsprechend, in der Kammer im unveränderten Wortlaut des Entwurfs angenommen worden.

Weder aus dem Gesetz selbst, noch aus den Motiven und der Entstehungsgeschichte desselben [3]) ist zu entnehmen, daß das Gesetz für die von ihm bezeichnete „Beteiligung an der nämlichen strafbaren Handlung" einen selbständigen Begriff aufstellen will. Es ist daher davon auszugehen, daß nach den jeweils geltenden strafrechtlichen und strafprozessualischen Be-

1) Vgl. Verhandlungen der Kammer der Abg. v. 1838 (XII. Bd.) S. 912—914, von 1841/43 (XIV. Bd.) S. 391. Holzinger a. a. O. S. 197—202.

2) Das bürgerliche Gericht ist also ohne weiteres kraft Gesetzes zuständig. Ein ausdrücklicher Verzicht auf die Entscheidung seitens der Militärbehörde wird heute noch verlangt in Bayern, vgl. Ausführ.-Ges. zur St.P.O. Art. 73 ff.

3) Vgl. I. Beil.Band der Kammer d. Abg. v. 1848/49 S. 1019 bis 1021. 1107—1110. Kammerverh. v. 1849, Bd. VI, S. 4938.

stimmungen und Grundsätzen zu beurteilen ist, was als Beteiligung an der nämlichen strafbaren Handlung i. S. des Gesetzes v. J. 1849 angesehen werden muß. Damit ist an sich die Möglichkeit gegeben, daß dieses Gesetz nach heutigem Recht ein anderes, beschränkteres Anwendungsgebiet hat, als zur Zeit seines Inkrafttretens.

Was nun den Rechtszustand vor Einführung des ReichsstrafG.B.'s betrifft, so kann es m. E. einem Zweifel nicht unterliegen, daß die Fälle der Begünstigung und Hehlerei als Beteiligung i. S. des Gesetzes aufzufassen waren.

In der Zeit vor dem württ. Strafgesetzbuch vom 1. März 1839, in welcher in Württemberg das durch den Gerichtsgebrauch und einzelne Verordnungen und Gesetze modifizierte gemeine Recht galt [1]) und durch eine Reihe von Bestimmungen (von der Landesordnung von 1621 an bis zu den Konskriptionsgesetzen der ersten Jahrzehnte dieses Jahrhunderts) einzelne Fälle der Begünstigung, namentlich auch der Fall der unterlassenen Anzeige bestimmter Vergehen (in der Litteratur häufig als „negative Begünstigung" bezeichnet) mit Strafe bedroht waren [2]), war in der Doktrin und wohl durchweg auch in der Praxis der Gerichte [3]) die Ansicht derjenigen gemeinrechtlichen Rechtslehrer rezipiert, welche, wie Feuerbach [4]) und Wächter [5]), den Begünstiger (fautor delicti), wozu auch

1) Vgl. den Vortrag des Departementschefs v. 17. Jan. 1838, Bd. XII, 2. Beil.Heft d. K. d. Abg. S. 92 ff.

2) Das Nähere s. bei Knapp, Württ. Kriminalrecht, § 53 (S. 45).

3) Bei welchen nach dem Zeugnis von Knapp (a. a. O. Vorrede) das Lehrbuch von Feuerbach am meisten verbreitet war.

4) Lehrbuch des Peinlichen Rechts § 53, wo als Begünstiger derjenige definiert wird, der erst nach vollendetem Verbrechen wissentlich an demselben Teil nimmt.

5) Lehrbuch des Römisch-Deutschen Strafrechts § 87 II Z 3 „vorhergehende, gleichzeitige, nachfolgende Teilnahme" S. 154: Begünstigung „durch Teilnahme an dem verübten Verbrechen mittelst Verbergung der Verbrecher, Aufbewahrung gestohlener Sachen" ꝛc. — Die übrigen Vertreter dieser Auffassung in der späteren gemeinrechtlichen Doktrin s. bei Köstlin, System I, § 91, N. 6 (S. 261).

der Hehler und Partierer des modernen Rechts gerechnet wird, als einen Teilnehmer an der Hauptthat betrachteten.

Auch das Strafgesetzbuch vom 1. März 1839 [1]) steht durchaus auf dem Boden dieser Theorie. Von der Begünstigung handeln die Art. 89–92 des Gesetzes. Art. 89 bezeichnet als Begünstiger denjenigen, der nach vollbrachter That dem Urheber oder Gehilfen in Beziehung auf das begangene Verbrechen oder Vergehen wissentlich beförderlich ist, ohne jedoch solche Unterstützung vor Vollendung der That versprochen zu haben, und führt dann einzelne Beispiele auf. Nach Art. 90 ist der Begünstiger, sofern der besondere Teil des Gesetzbuchs nicht ein Anderes bestimmt, mit Rücksicht auf die Größe und Beschaffenheit der Hauptthat zu Gefängnis oder Geldstrafe zu verurteilen; Art. 91 handelt von der gewerbsmäßigen Begünstigung und Art. 92 sichert den Angehörigen, wenn sie den Thäter zum Zweck seines persönlichen Schutzes begünstigt haben, Straflosigkeit zu. Schon aus der Stellung dieser Artikel im System, als Bestandteil des dritten, die Ueberschrift „Von Vorsatz und Fahrlässigkeit; von Vollendung und Versuch, von Urhebern und Teilnehmern" tragenden und die Art. 74 bis 94 [2]) umfassenden Kapitels ist zu entnehmen, daß das württ. Strafges.B., wie die meisten Partikulargesetzgebungen [3]), die Begünstigung als eine Unterart der Teilnahme angesehen hat. Dies ergibt sich auch aus den Motiven, wo derjenige, der nach der That dem Thäter Unterstützung leistet, ausdrücklich als Teilnehmer bezeichnet wird [4]). Auch Art. 79 spricht von einem Mitwirken „vor, bei und nach der That". Ebenso wird die Begünstigung von Doktrin und Praxis als

1) Dessen Bestimmungen nach Art. 2 auch Militärpersonen unterworfen sind, soweit nicht die militärischen Strafgesetze hierüber besondere Vorschriften enthalten.

2) Wovon Art. 74—88. 93. 94 später durch die Novelle vom 13. Aug. 1849 aufgehoben wurden, während die Art. 89—92 in Kraft blieben.

3) S. die Zusammenstellung bei Feuerbach a. a. O. Note 4 des Herausgebers Mittermaier.

4) Hepp, Kommentar Bd. I, S. 606.

nachgefolgte Teilnahme angesehen [1]). Daß Art. 87, welcher die Berücksichtigung der größeren oder geringeren Strafbarkeit der That nach den Verhältnissen des Urhebers zum Beschädigten auch für die Bestrafung des Gehilfen anordnet, ebenfalls auf den Begünstiger zu beziehen ist, ist in Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannt [2]). Ebenso wird Art. 136, welcher von der Wirksamkeit der Klage und des Klagverzichts gegen bezw. für alle Teilnehmer handelt, auf den Begünstiger mitbezogen [3]), wie auch der Begünstiger als Teilnehmer im Sinn des Art. 404 (Teilnahme eines Nichtangestellten an einem Dienstvergehen) angesehen wird [4]).

Die im besonderen Teil des Gesetzbuchs vorgesehenen Fälle der Begünstigung, auf welche Art. 90 Bezug nimmt, sind: — von der unten näher zu besprechenden Diebshehlerei abgesehen — Art. 188, Begünstigung einer Bande [5]), Art. 424: Begünstigung der Restsetzung durch Gewährung von Gelddarlehen zur Verheimlichung des Rests [6]), Art. 402, welcher Vorgesetzte, die verübte Dienstvergehen ihrer Untergebenen nachsehen, mit der dem Begünstiger (Art. 90) angedrohten

1) Hufnagel, Kommentar Bd. I, S. 184, Präjudizien S. 101 „Teilnehmer ist der Gattungsbegriff, unter welchem der Gehilfe und Begünstiger steht".

2) Vgl. Hufnagel, Komm. I, S. 622; Reuß, Strafgef.B. S. 145/146.

3) Hufnagel, Strafgesetzbuch S. 136, N. 1, Komm. I S. 334.

4) Hufnagel, Strafgef.B. S. 421. Komm. I 622—624. Reuß, S. 210. Das württ. Obertribunal hat den Art. 404 von jeher auf den Begünstiger angewandt, während es bezüglich des Anstifters geschwankt hat. Hufnagel, Präj. S. 82.

5) Diese Art der Begünstigung, obwohl unter Umständen zugleich Vorbereitungshandlung für künftige Verbrechen, ist doch als ächte Begünstigung, nämlich als Beförderung des Verbrechens nach vollbrachter That anzusehen, da schon die Bildung einer Bande (Art. 185), als eine wegen ihrer besonderen Gefährlichkeit ausnahmsweise bestrafte Vorbereitungshandlung, ein selbständiges, mit Abschließung der Bande vollendetes Verbrechen ist (vgl. Hufnagel, Komm. I S. 487. Geib, deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 368 unt.).

6) Auch hier wird, wie bei der Begünstigung der Bande, eine Beteiligung i. S. des Ges. v. 1849 anzunehmen sein.

Strafe belegt [1]). Was endlich die in Art. 343 mit Strafe bedrohte Diebshehlerei [2]) betrifft, welche außer auf den gerichtlich strafbaren Diebstahl nach Art. 350 und 360 auch auf Unterschlagung, Betrug und Fälschung, nach Ansicht der Kommentatoren [3]) auch auf Raub und Erpressung Anwendung findet, so ist sie trotz ihrer Stellung im besonderen Teil des St.G.B. doch nur als eine besondere Form der Teilnahme anzusehen. Die Diebshehlerei ist nach dem württ. Strafgesetzbuch nichts anderes als die durch die eigennützige Absicht qualifizierte Begünstigung gewisser Eigentumsverbrechen [4]) und wurde in Litteratur und Praxis in ihrer Eigenschaft einer schwereren Form der Begünstigung als mit der Hauptthat konnex angesehen. Auf dieses Verhältnis weisen schon die Worte des Gesetzes hin: „die Gefängnisstrafe ist nach dem Grade der Verschuldung des Diebshehlers und im Verhältnis zur Strafe des begünstigten Diebs zu bemessen". Dasselbe zeigt sich auch darin, daß Art. 136 auf sie angewendet wird, sonach bei einem Familiendiebstahl (Art. 339) die Verfolgung des (nicht familienangehörigen) Diebshehlers von einer Klage gegen den Dieb abhängig ist [5]). Auch vor der Straf-P.O. von 1843 war anerkannt, daß die Diebshehlerei von

1) Dieser Fall eines eigentümlichen Dienstvergehens (vgl. Köstlin a. a. O. S. 263) ist wohl im Verhältnis zwischen Civil- und Militärpersonen praktisch ausgeschlossen, andernfalls würde wohl, schon mit Rücksicht auf das Citat des Art. 90, der Annahme einer Beteiligung i. S. des Ges. v. 1849 nichts im Wege stehen. Dagegen erscheint die in Art. 445 normierte Begünstigung von Steuerdefraudationen wohl als selbständiges Amtsdelikt, die in Art. 436 bedrohte Begünstigung der Entweichung von Gefangenen aber ist schon mangels der Strafbarkeit der Hauptthat keine ächte Begünstigung.

2) „Wer dem Dieb in eigennütziger Absicht Aufenthalt gestattet, Waren, die ihm als gestohlen bekannt sind, bei sich aufnimmt, verbirgt, an sich bringt, oder zu deren Absatz an andere mitwirkt."

3) Hufnagel, St.G.B. S. 87, Komm. I S. 185.

4) Motive bei Hepp, Komm. I S. 615. Zu vgl. auch Sander im Archiv für Kriminalrecht, Jahrg. 1839, S. 251.

5) Hufnagel, St.G.B. S. 362. Präj. S. 458/9. „Die Diebshehlerei ist nach unserem Gesetzbuch insofern ein für sich bestehendes Ver-

demjenigen Gericht abzurügen sei, von welchem das konnexe Hauptverbrechen zu bestrafen ist [1]). Hienach dürfte es gerechtfertigt erscheinen, auch die Diebshehlerei nach württ. Recht als eine „Beteiligung an der nämlichen strafbaren Handlung" anzusehen, wogegen allerdings der in Art. 63 des Polizeistrafgesetzes v. 2. Okt. 1839 mit Strafe bedrohte Ankauf verdächtiger Waren („ohne bestimmte Kenntnis von der Entwendung, aber unter Umständen, welche gegen den Veräußerer den dringenden Verdacht der rechtswidrigen Erwerbung erwecken mußten") wohl richtiger nicht als eine Art der Teilnahme an der Hauptthat, sondern als besonderes selbständiges Polizeidelikt aufzufassen ist [2]).

Im Württ. Strafprozeß wurde im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Prozeß [3]) der Gerichtsstand der Konnexität von jeher anerkannt (vgl. IV. Edikt v. 31. Dez. 1818 § 197. 207). Nach dem Kompetenzgesetz vom 1. März 1839, Art. 2 ist das für den Urheber eines Verbrechens zuständige Gericht auch zuständig für Gehilfen und Begünstiger, desgleichen dehnt Art. 8 die Zuständigkeit der Bezirksgerichte in den ihnen zugewiesenen Fällen auch auf den Begünstiger aus. Die Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843, deren Vorschriften auf Militärpersonen noch heute anwendbar sind [4]), überträgt in Art. 10, Ziff. 3 den Bezirksgerichten in den ihnen zugewiesenen Fällen die Bestrafung „der Teilnahme

---

brechen, als es hiefür den Begriff und die Strafe besonders bestimmt hat. Darum kann man aber nicht bestreiten, daß ein solcher (fremder) Begünstiger ein Teilnehmer des Familiendiebstahls sei."

1) Hufnagel, Komm. II S. 463. 464. Beschluß des Obertribunals v. 31. Aug. 1840 bei Reuß a. a. O. S. 194.

2) So auch Knapp, Polizeistrafgesetz S. 97.

3) Vgl. Mittermaier, Strafverfahren § 56, S. 305 ff.

4) Korpsbefehl vom 28. Nov. 1846, wonach sie Anwendung findet, soweit nicht durch die Militärstrafgesetze etwas anderes verordnet ist oder durch die eigentümliche Beschaffenheit der militärischen Dienstverhältnisse und durch das hierauf sich gründende Herkommen eine Abweichung vom bürgerlichen Strafverfahren geboten ist. Aehnlich die allgemeine Kriegsdienstordnung vom 7. Febr. 1858, § 738. Korpsbefehl vom 23. Jan. 1869,

(Art. 84—94 des St.G.B.), insbesondere auch der Hehlerei (Art. 343, Abs. 1 und 2, 350. 360)". Die Hereinnahme der Hehlerei (mit Ausnahme der mit Arbeitshausstrafe bedrohten gewerbsmäßigen) beruht auf dem Antrag der Kammerkommission [1]). Art. 12 weist den Kreisgerichten im Fall der Teilnahme mehrerer auch die Aburteilung desjenigen Teilnehmers zu, dessen Verschuldung nur ein bezirksgerichtlich zu ahndendes Vergehen in sich schließt, und Art. 27, welcher sich auf die örtliche Zuständigkeit bezieht, setzt fest, daß die Zuständigkeit eines Gerichts über Urheber auch die Zuständigkeit über Teilnehmer begründe, worunter, da der Ausdruck „Teilnehmer" (statt der im Kompetenzgesetz gebrauchten Worte „Gehilfen und Begünstiger") gewählt wurde, um sich an die Worte des St.G.B. anzuschließen, auch der Begünstiger zu verstehen ist [2]). Auch Art. 41. 43. 44 der Str.P.O. v. 17. April 1868 zählten bei der Regelung der Zuständigkeit neben dem Gehilfen den Begünstiger auf.

Daß der bürgerliche Gerichtsstand des Art. 5 cit. „bei dem allgemeinen Ausdruck" des Gesetzes nicht nur im Fall der Miturheberschaft, sondern bei „jeder andern Art der Beteiligung einer Civilperson" (nicht aber bei gegenseitig vorkommenden strafbaren Handlungen z. B. Körperverletzungen) begründet sei, wird angenommen von Lebret (Strafrechtspflege Band II S. 32) und auch das Oberkriegsgericht hat [3]) (und zwar wiederholt in Uebereinstimmung mit den Kriminalsenaten verschiedener Gerichtshöfe) unter der Begründung, daß die Begünstigung als eine Teilnahme im weiteren Sinn anzusehen und in der Regel die Untersuchung gegen den Begünstiger mit der Untersuchung gegen den Urheber so eng verknüpft sei, daß eine Trennung mit der dem Gesetz von 1849 zu Grund liegenden Absicht nicht wohl vereinbar wäre, die

---

wonach die Bestimmungen der St.P.O. 1843 in der bisherigen Weise von den Militärgerichten zur Anwendung zu bringen sind.

1) Holzinger a. a. O. S. 193.

2) Holzinger S. 286/7.

3) Wie dem Verfasser mitgeteilt wurde.

Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte für sämtliche Beschuldigte sowohl in dem Fall anerkannt, wenn eine Militärperson hinsichtlich eines von einer Civilperson begangenen Vergehens sich einer Begünstigung oder Hehlerei schuldig gemacht hatte, als auch in dem Falle, wenn umgekehrt die Militärperson der Hauptthäter, die Civilperson der Begünstiger oder Hehler war. —

Der Theorie, welcher das württ. St.G.B. gefolgt ist, hat es schon in der früheren gemeinrechtlichen Wissenschaft nicht an Gegnern gefehlt, wie denn schon Carpzov auf den Unterschied der Begünstigung von der eigentlichen Teilnahme hingewiesen und die Hehlerei als ein arbiträr zu strafendes crimen extraordinarium behandelt hat, und in der neueren gemeinrechtlichen Doktrin wurde die Begünstigung von der überwiegenden Zahl der Rechtslehrer von der Teilnahme losgelöst [1]). Uebrigens wurde auch von diesen Schriftstellern die Begünstigung nicht als ein völlig selbständiges Vergehen betrachtet, sondern deren accessorische Natur nicht verkannt [2]).

Das Reichsstrafgesetzbuch hat sich [3]) diesen Vertretern der Wissenschaft angeschlossen, die Begünstigung als ein selbständiges Vergehen, (delictum sui generis) „wenn auch

1) Ueber die Begünstigung im röm., kanon., deutschen und gemeinen Recht und die verschiedenen Ansichten über das Verhältnis der Begünstigung zur Teilnahme vgl. Hälschner, Preuß. Strafrecht Bd. II S. 553 ff. Geib, Deutsches Strafr. Bd. II § 105 (S. 325—342). Köstlin, System I, S. 261 ff.

2) Vgl. Mittermaier, Note 2 zu Feuerbach § 53. Köstlin a. a. O. Geib S. 384 („Nebenverbrechen"). Von Sander wird in einer ausführlichen, auch die damaligen Entwürfe des württ. und bad. St.G.B. berücksichtigenden Abhandlung (Arch. des Krim.R. Jahrg. 1838 und 1839) gegen die Stellung der Begünstigung unter Art. 177 der Karolina opponiert und sodann das Verhältnis der Begünstigung zur Hauptthat einer eingehenden Erörterung unterzogen, wobei ihr eine analoge Stellung wie den Nebenverträgen im Civilrecht eingeräumt und daraus die Konsequenz gezogen wird, daß dieses „Nebenverbrechen" vor das Forum des Hauptverbrechens gehöre, auch die Größe des begünstigten Hauptverbrechens bei der Bestrafung der Begünstigung zu berücksichtigen sei. S. 477 ff. J. 1839: S. 250. 267. 404.

3) Hauptsächlich infolge der Hälschner'schen Kritik des Entwurfs.

von accessorischer Natur" aus der Verbindung mit der Teilnahme abgelöst und sie im Zusammenhang mit der Hehlerei in den besonderen Teil eingestellt [1]). Wie aber mit Recht hervorgehoben worden ist [2]), kann diese Verweisung in den besonderen Teil nicht so schwer wiegen, daß hiemit ohne weiteres die Natur der Sache verkehrt, der unzweifelhaft bestehende innere Zusammenhang zwischen Begünstigung und Hauptthat beseitigt, aus einem unselbständigen Ding etwas Selbständiges gemacht und die begriffsmäßige Eigentümlichkeit der Begünstigung als eines Nebenverbrechens aufgehoben worden wäre. Es ist denn auch die accessorische Eigenschaft der Begünstigung (und zwar der drei Arten von Begünstigung in § 257 und § 258 des Gesetzbuchs: einfache Begünstigung, eigennützige Begünstigung und eigennützige Begünstigung bei Diebstahl, Raub und Unterschlagung — über die Partiererei, § 259, s. unten) nicht nur in den Motiven, sondern auch in mehrfachen Beziehungen im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommen und hiemit in der That ein Mittelding, ein „selbständiges Accessorium", wie Merkel [3]) ironisch bemerkt, geschaffen worden.

Die einzelnen Punkte, in welchen — abgesehen davon, daß jede Begünstigung oder Hehlerei eine vorausgegangene Hauptthat zur Voraussetzung hat — der unselbständige Charakter der Begünstigung sich zeigt [4]), sind folgende:

1) Die Gleichstellung der Strafe für die Begünstigung und Hauptthat in § 257, Abs. 1, welche in den Motiven (S. 77) ausdrücklich durch den Hinweis auf die accessorische Natur der Begünstigung begründet wird.

2) Die Bestrafung der vor der That zugesagten Begün-

1) Vgl. Motive S. 53 und 77.

2) Herzog, im Gerichtssaal Bd. XXIX, S. 176, in Goltdammers Arch. Bd. XXVIII, S. 4 und 5.

3) In v. Holtzendorffs Handb. Bd. III, S. 736, Note 2.

4) Ob man diese Punkte als Konsequenzen des accessorischen Charakters der Begünstigung ansieht, oder erklärt, daß durch dieselben der der Begünstigung beigelegte selbständige Charakter „wieder abgestreift" werde (so Buri im Gerichtssaal, Bd. XXIX, S. 34) — wird praktisch auf dasselbe hinauskommen.

stigung als Beihilfe. Hätte das Gesetz die Selbständigkeit der Begünstigung völlig durchgeführt, so würde in solchen Fällen Konkurrenz von Beihilfe und Begünstigung bestraft werden müssen [1]).

3) Bei Antragsverbrechen ist die Strafbarkeit des Begünstigers von dem erhobenen Strafantrag bedingt, die Begünstigung wird also gleich der Teilnahme im engern Sinn zum Antragsverbrechen, sobald die Hauptthat ein solches ist; § 63 des St.G.B. [2]). Auch in der auf den Begünstiger in § 63 mitangewandten Unteilbarkeit des Strafantrags hat das Gesetz den Teilnahmecharakter der Begünstigung anerkannt und durchgeführt [3]).

4) Aus der die Teilnehmer und Begünstiger nebeneinanderstellenden Bestimmung des § 247 I. A. (und des § 289 I. A.) folgt, mag man im übrigen hinsichtlich der Auslegung des § 63 der engeren oder weiteren Ansicht beitreten, jedenfalls per argumentum a contrario soviel, daß die Verfolgung eines in dem persönlichen Verhältnis des § 247, Abs. 1 und 2 stehenden Begünstigers von der Erhebung des Strafantrags abhängig, bezw. (zu Abs. 2) straflos ist, ein Grundsatz, der mit einer völlig selbständigen Stellung der Begünstigung wiederum nicht vereinbar wäre.

5) Derjenige, der bei einem Verbrechen oder Vergehen als Thäter oder Teilnehmer mitgewirkt hat, kann eine Begünstigung der Hauptthat nicht begehen [4]).

---

1) Vgl. Waldthausen in Goltd. A. Bd. XXIX, S. 388. Buri a. a. O.

2) Vgl. für diese Auslegung des § 63 gegen die seine Anwendung auf die Fälle des § 247 (und 289) beschränkende, die ihm Schwarze (Gerichtssaal Bd. XXIV, S. 376) und mit diesem Herzog (G.Arch. Bd. XXIX, S. 117) gibt, v. Buri a. a. O. S. 35, Waldthausen 388 und 391, Merkel a. a. O. S. 739, Bd. IV, S. 427, Hugo Meyer, Lehrbuch (4. Aufl.) S. 309. 357, Oppenhoff, Komm. N. 6 zu § 61 und 18 zu § 257). Dafür, daß sich § 63 auch auf die Hehlerei des § 258 bezieht, vgl. Waldthausen S. 391, Merkel S. 743.

3) Waldthausen S. 386.

4) Vgl. Entsch. des ReichsG. IV. S. 60. Ueber diese in der Litte-

Die in den geschilderten Beziehungen zu Tage tretende unselbständige Natur der Begünstigung [1]) rechtfertigt es, dieselbe als eine Art der **Beteiligung** an der Hauptthat aufzufassen, wie es denn auch von namhaften Rechtslehrern geschehen ist [2]). Diejenige Lehre, welche als die herrschende bezeichnet werden kann, verkennt grundsätzlich den unselbständigen Charakter der Begünstigung nicht [3]). Im Widerspruch mit derselben ist **Binding** [4]), welchem sich **Gretener** [5]) angeschlossen hat, prinzipiell für die Selbständigkeit der Begünstigung eingetreten, indem er in der sog. persönlichen Begünstigung ein Verbrechen gegen den Staat als Inhaber der Strafrechte, in der sachlichen (unächten) Begünstigung und Partiererei

---

ratur häufig behandelte Frage s. **Schwarze** a. a. O. S. 377, **Buri** S. 34, **Herzog** G.S XXIX, S. 161 ff., **Waldthausen** S. 386. 393, **Merkel** III, S. 741. IV. S. 425 Die Möglichkeit der Bestrafung eines Teilnehmers an der Hauptthat als Anstifters oder Gehilfe des Begünstigers und des **Anstifters** der Hauptthat als Begünstigers hat das Reichsgericht bekanntlich bejaht, vgl. die cit. Entsch. und Bd. XVI, S. 374.

. 1) Auch vom R.G. anerkannt, Entsch. Bd. XV, 396. XII. 187, allerdings andererseits unter Betonung der Selbständigkeit der Begünstigung und Hehlerei, XIII. 136. XVI. 374. — Ganz bezeichnend ist, daß im englischen und amerikanischen Strafrecht der Teilnehmer i. e. S. „principal", der Begünstiger aber „accessory" genannt wird.

2) Vgl. **Wächter**, Vorlesungen S. 242 Nr. 5: „Allerdings nehmen die Begünstiger nicht eigentlich an der **Begehung** des Verbr. Teil; aber man kann doch sagen, daß sie in Beziehung auf das Verbr. sich **beteiligen**". Hugo **Meyer**, Lehrb. (4. Aufl.) führt die Begünstigung im allgemeinen Teil nach der Beihilfe auf, da sie sich ihrem Wesen nach als **eine Art der Teilnahme** darstelle, und bezeichnet die abweichende Behandlung im positiven Recht als unrichtig, die in der Doktrin aufgestellte Ansicht, daß die Teilnahme stets als Kausalität an dem Erfolg des Delikts auftreten müsse, als augenscheinliche petitio principii. S. 301. Hierin liegt in der That eine Rückkehr zu der älteren Theorie von der nachfolgenden Teilnahme.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Waldthausen S. 384.

4) Entwurf eines St.G.B für den Nordd. Bd. S. 105. Normen II S. 468 565 ff.

5) Begünstigung und Hehlerei in historisch-dogmatischer Darstellung, München 1879.

selbständige Vermögensverbrechen erblickt. Gretener selbst bemerkt indes, daß die Entwickelung der herrschenden Lehre wieder der älteren Theorie zusteuere, welche in der Begünstigung eine Teilnahmeart sah.

Was nun die oben noch nicht näher berührte Partiererei (§ 259) betrifft, so haben allerdings schon die Motive (S. 53) hervorgehoben, daß, wenn die Begünstigung geleistet werde, um aus dem Verbrechen des Thäters für sich selbst einen Vorteil zu ziehen, das „Verhältnis der Begünstigung zu dem Hauptverbrechen noch entfernter in den Hintergrund trete", und es ist nicht zu bestreiten, daß, wenn hiemit schon der Begünstigung des § 258 eine selbständigere Stellung vindiziert werden wollte, dies auf die Partiererei, welcher die bei den Fällen des § 257 und 258 vorliegende unmittelbare Beziehung auf die Person des Thäters fehlt, noch in erhöhtem Maße zutrifft, wie denn auch die oben Z. 1—4 hervorgehobenen Punkte bei der Partiererei nicht in Anwendung kommen, wogegen allerdings Punkt 5 auch hier zutrifft, sofern niemand zugleich als Dieb und als Hehler der gestohlenen Sache bestraft werden kann (vgl. R.G.Entsch. VIII S. 371). Es könnten hienach Zweifel daran, ob die Partiererei, so wie sie das St.G.B. normiert hat, noch als eine Beteiligung i. S. des Ges. v. 1849 anerkannt werden kann, nicht unberechtigt erscheinen. Dem ist aber doch wohl — außer dem schon berührten Punkt, daß der Dieb nicht als Hehler bestraft werden kann — entgegenzuhalten, daß auch die Partiererei begriffsmäßig ein Verbrechen voraussetzt, sich auf ein solches bezieht und von ihm einen wesentlichen Teil seines Inhaltes empfängt, daß es vom St.G.B. mit der Begünstigung in nahe Beziehung und Verbindung gesetzt ist, wie denn der Begünstiger des § 258, auch wenn er nur die Person des Diebs begünstigt, mit dem Partierer den gemeinsamen Namen „Hehler" trägt und die gewerbsmäßige Hehlerei beide Fälle umfaßt, daß in der Partiererei wohl meistens eine Beistandsleistung im Sinn des § 257 enthalten sein wird, und daß daher die in der Litteratur mehrfach ver-

tretene Ansicht [1]), es sei sich das St.G.B. eines wirklichen, relevanten Unterschieds zwischen Begünstigung und Hehlerei (bezw. Partiererei) — jedenfalls nach der Seite ihres Verhältnisses der Hauptthat — nicht bewußt, als begründet erscheint.

Dürfte es auf Grund dieser Ergebnisse nicht zu gewagt erscheinen, schon vom Standpunkt des R.Strafgesetzbuchs neben der Begünstigung in ihren verschiedenen Formen auch die Partiererei als eine Beteiligung i. S. des Gesetzes v. J. 1849 anzusehen, so müssen unseres Erachtens wohl alle Bedenken schwinden, wenn man die Bestimmungen der Reichsstrafprozeßordnung ins Auge faßt. Diese hat den engen Zusammenhang zwischen Hauptthat, Begünstigung und Hehlerei unzweideutig zum Ausdruck gebracht, wie ein Blick auf die §§ 3. 56, Ziff. 3. 97. 102 lehrt. Auch der § 498, Abs. 2 (Solidarhaft der Mitangeklagten) ist der richtigen Auslegung nach [2]) auf die Fälle der Begünstigung und Hehlerei anzuwenden. Von besonderem Gewicht für die vorliegende Frage aber ist, daß die prozessualische Identität zwischen Hauptthat, Begünstigung und Hehlerei mit Bezug auf die §§ 153 und 263 auch vom Reichsgericht in mehrfachen Entscheidungen festgehalten worden ist [3]), wobei ausdrücklich bemerkt wurde, daß Begünstigung und Hehlerei sich als Formen der Beteiligung an einer That, als Beteiligung im weiteren Sinn, darstellen. Nur beiläufig erwähnt mag werden, daß die Verschiedenheit der Ausdrücke „That" (in der R.St.P.O.) und „Handlung" (im Gesetz v. 1849) einen Unterschied nicht begründen kann; auch das Reichsgericht macht zwischen beiden Begriffen hier einen Unterschied nicht (vgl. die cit. Entsch. Bd. VIII, S. 139).—

Mit vorstehendem dürfte die eingangs erwähnte Entscheidung der Strafkammer ihre Begründung gefunden haben und es mag nur noch bemerkt werden, daß auch die Justizabteilung

1) Buri S. 42, Herzog, G.S. S. 178, Waldthausen S. 389, vgl. auch Merkel III, S. 744.

2) Entsch. d. R.G. Bd. XII, S. 226 und die das. citierten Schriftsteller.

3) Bd. II, S. 217, V, 249, VIII, 139, XII, 187.

des K. Kriegsministeriums gegen dieselbe nichts zu erinnern gefunden, und daß der vormalige Kassationshof in Stuttgart den Begriff der „Beteiligung" ebenfalls in einem weiteren Sinn aufgefaßt hat, sofern er in einem Fall, in welchem eine Militärperson zum Zweikampf herausgefordert, eine Civilperson als Kartellträger fungiert hatte, die Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichts als begründet ansah mit der Motivierung, daß hier beide Beschuldigte zu Einer Handlung, nämlich der Herausforderung, zusammengewirkt haben und sich unter dieser Voraussetzung das der gesetzlichen Bestimmung zu Grunde liegende Bedürfnis geltend mache, eine doppelte Verhandlung und Entscheidung über die Thätigkeit mehrerer in Beziehung auf dieselbe Handlung zu vermeiden [1]). Die Gefahr einer zu großen Belastung der Civilgerichte mit Untersuchungen gegen Militärpersonen liegt nicht vor, da der Gerichtsstand für alle militärischen Verbrechen und Vergehen der militärische bleibt und sich die von Soldaten begangenen Delikte, auch auf dem Gebiet der Eigentumsvergehen (zu vgl. § 138 des Militär-Str.G.B., militärischen Diebstahl und Unterschlagung betr.), ihrem weitaus größten Teil nach als militärische darstellen werden.

1) Beschluß vom 14. Juni 1877. Bei dieser weiten Auslegung des Art. 5 cit. ließe sich — was hier nicht näher untersucht werden soll — die Zuständigkeit des bürgerlichen Gerichts wohl auch begründen in folgenden Fällen: Begehung eines Verbrechens der in § 139 des St.G.B. bezeichneten Arten durch die eine, Nichtanzeige durch die andere Person; Kuppelei in bezug auf die strafbaren Fälle der Unzucht (ohne daß im konkreten Fall Beihilfe zur Unzucht vorliegt); intellektuelle Urkundenfälschung (St.G.B. § 271 und 272) und nachheriges wissentliches Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung (§ 273) (ohne daß Mitthäterschaft oder Beihilfe vorliegt); gewerbsmäßiges Glücksspiel (St.G.B. § 284) und Gestattung desselben in einem öffentlichen Versammlungslokal (§ 285); die eine Person macht sich eines einfachen oder betrüglichen Bankerutts, die andere mit Beziehung hierauf eines der in §§ 212 oder 213 der Konk.O. bedrohten Verbrechen oder Vergehen schuldig.

XI.

Zur Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs.

Von

Herrn Landgerichtsrat Pfizer in Stuttgart.

Das Oberlandesgericht scheint zur Zeit noch an dem Satze des früheren Obertribunals festzuhalten, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs schon durch die Behauptung des Klägers, daß das von ihm angesprochene Recht ein Privatrecht sei, begründet werde [1]). Ob dasselbe auch an der mehrfach und nicht ohne Grund bekämpften [2]) Einschränkung dieses Grundsatzes festhält, wonach der Rechtsweg dann unzulässig sein soll, wenn der geltend gemachte Privatrechtsanspruch schon an sich, seinem Gegenstand nach, als privatrechtlicher unmöglich ist, ist dem Einsender nicht bekannt und für die Darlegung der gegen jenes Prinzip überhaupt gerichteten Bedenken, welche im folgenden versucht werden soll, ohne Belang.

Zur Beleuchtung der mißlichen Folgen, welche sich aus dem angeführten Grundsatz und daraus, daß die Abweisung einer Klage als „nicht im Privatrecht begründet" als materielle Entscheidung gilt, ergeben können, möge ein in Wirklichkeit vorgekommener Fall [3]) vorangestellt werden. Der Stiftungsrat in Stuttgart klagte gegen die K. Oberfinanzkammer auf Fortreichung sog. „Almosenbeiträge", welche auf Grund früherer herzoglicher Verfügungen an die Stadtgemeinde Stuttgart geleistet worden waren; das Oberamtsgericht Stuttgart wies die Klage ab „wegen Unzuständigkeit des Civilrichters". (Nach der Thesis des Obertribunals bezw. Oberlandesgerichts hätte dieselbe ohne Zweifel nicht in dieser Form, sondern „als im Privatrecht nicht begründet" abgewiesen werden sollen.)

1) Vergl. diese Jahrb. II. S. 96 unten.

2) Vergl. Zeitschr. f. Staatswissenschaften 1862 S. 732. Württ. Archiv XIV S. 43 ff. Württ. Gerichtsblatt VI S. 56 Anm 3 a. E. XI S. 7—9.

3) Vergl. Württ. Archiv XXII S. 327 ff.

Der hierauf angegangene Verwaltungsrichter — der K. Verwaltungsgerichtshof als Berufungsgericht — wies die Klage „als im heutigen öffentlichen Recht nicht begründet“ ab. Der Kompetenzgerichtshof aber, an den sich Klin. nunmehr wandte, wies deren Antrag, dem Verwaltungsgericht oder dem bürgerlichen Gericht eine materielle Entscheidung über den eingeklagten Anspruch aufzuerlegen, ab, weil ja der Verwaltungsgerichtshof sich nicht für unzuständig erklärt, sondern über den Anspruch materiell entschieden habe. Nun hatte aber der Verwaltungsgerichtshof über die Frage, ob der Klin. ein Anspruch auf die Almosenbeiträge zustehe, sowenig entschieden als das Oberamtsgericht; er hatte nur ausgesprochen: dieser angebliche Anspruch wurzle jedenfalls nicht im heutigen öffentlichen Recht und daher sei der Verwaltungsrichter nicht in der Lage, über dessen Bestand oder Nichtbestand zu entscheiden. Eine Entscheidung darüber, ob der Klin. der geltend gemachte Anspruch zusteht oder nicht, ist also von keiner Seite ergangen, Klin. aber infolge des Spruchs des Kompetenzgerichtshofs in die Unmöglichkeit versetzt, eine solche Entscheidung zu erwirken.

Ein anderes Beispiel [1]) ist folgender Fall: einige Gemeinden verlangten mit der Geschäftsführungsklage von einer andern Gemeinde Ersatz der für die Unterhaltung des Abflußkanals des Federsees aufgewendeten Kosten. Das Obertribunal hat die Klageforderung als eine nicht dem Privatrecht angehörige abgewiesen. Wandten sich nun die Kl. an das Verwaltungsgericht, so konnte es recht wohl geschehen, daß dieses der Ansicht des badischen Verwaltungsgerichtshofs [2]) sich anschließend die Klage als nicht im öffentlichen Recht begründet abwies. Der Kompetenzgerichtshof hätte dann auch wieder gesagt: Gericht und Verwaltungsgericht haben „materiell“ entschieden, es könne also keinem derselben eine materielle Entscheidung erst aufgegeben werden. Das Ergebnis wäre gewesen, daß die Kläger zum Ersatz ihrer Auslagen nicht hätten

---

1) Vergl. Gerichtsblatt XI S. 4. XII S. 187 ff.

2) Vergl. Gerichtsblatt XII S. 192 Note 10.

gelangen können, auch wenn ihr Anspruch noch so begründet war. Es dürfte leicht zu zeigen sein, daß das Gesetz vom 25. August 1879 betr. die Entscheidung von Kompetenzkonflikten den Ausspruch, daß der Rechtsweg zulässig oder unzulässig sei, für gleichbedeutend genommen hat mit dem Ausspruch, daß der erhobene Anspruch im Privatrecht bezw. öffentlichen Recht begründet sei. Denn wenn die Thesis des früheren Obertribunals richtig und in der Praxis allgemein angenommen wäre, so könnte es zu einem negativen Kompetenzkonflikt zwischen Gerichten und Verwaltungsgerichten wohl kaum je einmal kommen. Denn der Ausspruch der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist nach jener Thesis so gut wie ausgeschlossen: oder welcher Mensch mit gesunden Sinnen wird einen Anspruch bei Gericht erheben, ohne zu behaupten, daß ein privatrechtlicher Anspruch (bezw. ein den Gerichten zur Entscheidung zugewiesener Anspruch) vorliege? Diese Behauptung liegt offenbar schon in der Klagerhebung bei Gericht. Aber auch wenn man die eingangs erwähnte inkonsequente Einschränkung der Thesis des Obertribunals gelten läßt, wird sich die Sache nicht anders stellen: es ist mit Recht hervorgehoben worden [1], daß es im höchsten Grad unwahrscheinlich ist, daß ein privatrechtlicher Anspruch seitens des Kls. behauptet wird, während jede Möglichkeit eines solchen ausgeschlossen ist: daß aber, wenn je ein solcher Fall vorkäme, der Verwaltungsrichter die Zuständigkeit des Gerichts statt der eigenen annehmen sollte, das ist offenbar undenkbar. Von der Thesis des Obertribunals aus stellt sich daher die Errichtung des Kompetenzgerichtshofs in Beziehung auf die Entscheidung negativer Kompetenzkonflikte als eine höchst überflüssige Einrichtung dar, welche, wenn die Gerichte jener Thesis folgen, nie in Funktion treten kann. Der Ausspruch des Kompetenzgerichtshofs, daß der Rechtsweg zulässig sei, würde aber einem Kläger, sofern jener Grundsatz gilt, auch lediglich nichts helfen. Der Kompetenzgerichtshof hat sich eines Eingehens auf die Materie der Sache zu ent-

1) Vergl. Gerichtsblatt XI S. 7—8.

halten. Er hätte also zutreffenden Falls nur zu prüfen, ob Kl. behaupte, daß ihm ein Privatrecht zustehe (bezw. auch ob ein solches Privatrecht möglich ist), und in den Gründen seiner Entscheidung das Ergebnis dieser Prüfung darzulegen. Dieser Ausspruch ist nun freilich für den Richter bindend: aber er weist jetzt den Klaganspruch mit wesentlich derselben Begründung, mit der er ihn zuvor wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen hatte, als nicht im Privatrecht begründet ab — und der Kläger ist soweit wie zuvor. Das kann unmöglich die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung des Kompetenzkonflikts-Gerichtshofs gewesen sein, diese muß vielmehr dahin gegangen sein, die Möglichkeit einer bindenden Entscheidung der Frage, ob ein erhobener Anspruch, seine Existenz vorausgesetzt, ein privatrechtlicher sei oder nicht? herbeizuführen. Anders läßt sich die Aeußerung der Motive zu Art. 14 des Entwurfs des Ges. vom 25. August 1879 [1]) nicht erklären, welche besagt: „Allerdings ist es denkbar, daß diese Entscheidung" (nämlich die Entscheidung des Kompetenzgerichtshofs über die Zulässigkeit des Rechtswegs) „nur auf Grund einer materiellen Würdigung des Vorbringens der Parteien möglich ist; es ist denkbar, daß die Zuständigkeit bezw. Unzuständigkeit des bürgerlichen Gerichts oder des Verwaltungsgerichts nicht einfach bejaht oder verneint werden kann, sondern von thatsächlichen, noch einem Beweisverfahren unterliegenden Momenten oder von anderen Bedingungen abhängt, welche erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens festzustellen sind." Wenn die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs nur davon abhienge, ob Kl. einen privatrechtlichen Anspruch behauptet (und ein solcher denkbar ist), könnte von solchen Weitläufigkeiten nicht die Rede sein. Es berührt deshalb durchaus erfreulich, daß der Kompetenzgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15. Januar 1883 [2]) sich nicht darauf beschränkt hat, darzulegen, daß Kl. die privatrechtliche

1) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1877/79 I. Beilagenband 2. Abt. S. 480.

2) Vergl. Württ. Archiv XXIII S. 212—24.

Natur seines Anspruchs (und die Möglichkeit derselben) behauptet hat, daß er vielmehr ausgesprochen hat: die im Streit befindliche Frage sei eine privatrechtliche, somit der Zuständigkeit des Civilrichters unterliegende. Damit ist ausgesprochen, daß der Satz: „der erhobene Anspruch ist im (nicht: nach) bürgerlichen Recht begründet“ identisch ist mit dem: „der Rechtsweg ist zulässig“. Sieht man näher zu, so erkennt man, daß der Kompetenzgerichtshof unmöglich seinen Ausspruch über die Zulässigkeit des Rechtswegs auf die Behauptung des Kls. stützen kann: denn da der Kläger, ehe er an den Kompetenz-Gerichtshof gehen kann, zuvor vom bürgerlichen Gericht wie vom Verwaltungsgericht abgewiesen worden sein muß, so wird er zuvor die privatrechtliche und die öffentlichrechtliche Natur seines Anspruchs behauptet haben: würde sich also die Zulässigkeit des Rechtswegs und des Verwaltungswegs nach der Behauptung des Kls. richten, so müßte der Kompetenz-Gerichtshof in der Regel sowohl das Gericht als das Verwaltungsgericht für zuständig erklären.

Bei dieser Sachlage ist es nicht zu verwundern, daß die Thesis des Obertribunals sich nie allgemeine Anerkennung zu verschaffen vermocht hat, daß vielmehr die Untergerichte immer von neuem gegen den Stachel zu löcken versucht haben [1]. Wenn bisher der Nachweis versucht wurde, daß im Sinne des Gesetzes vom 25. August 1879 der Ausspruch über die Zulässigkeit des Rechtswegs gleichbedeutend ist mit dem Ausspruch darüber, ob ein Anspruch im Privatrecht begründet ist, so soll im folgenden der Versuch gemacht werden, darzulegen, daß diese Annahme des Gesetzes innerlich (der Natur der Sache nach) vollkommen begründet ist.

Es ist vielleicht nicht ganz überflüssig, zunächst klarzustellen, was der Sinn eines richterlichen Urteils ist, durch welches ein Anspruch als „nicht dem Privatrecht angehörig“, „nicht im Privatrecht begründet“ abgewiesen wird. Es ist festzuhalten, daß durch ein solches Urteil die Frage, ob der erhobene An-

1) Vergl. Gerichtsblatt XI S. 6 ff. Württ. Jahrb. II S. 96 unten.

spruch dem Kl. zusteht, unentschieden gelassen wird. Ein solches Urteil besagt nur: „wenn der Anspruch des Kls. rechtlich begründet ist, was dahingestellt bleibt, so beruht er auf Sätzen des öffentlichen Rechts, deren Anwendung nicht Sache des Civilrichters ist". So haben die Entscheidungsgründe des oben erwähnten auf den Federsee-Kanal sich beziehenden Urteils des Obertribunals darüber sich mit keiner Silbe ausgesprochen, ob die klagenden Gemeinden einen Anspruch gegen die Bekl. auf Ersatz ihrer Auslagen haben, oder nicht; sie haben vielmehr eine Entscheidung hierüber aus dem Grund abgelehnt, weil das Streitverhältnis kein privatrechtliches sei [1]). Das wird man aber doch keine materielle Entscheidung nennen können: eine solche liegt nur dann vor, wenn ein geltend gemachter Anspruch dem Kl. zugesprochen oder abgesprochen wird, nicht aber, wenn dahin gestellt bleibt, ob derselbe dem Kl. zusteht. Es ist dies bei Beratung jenes Falls auch seitens des Obertribunals empfunden worden [2]). Das Untergericht hatte nämlich dahin gestellt gelassen, ob der erhobene Anspruch ein privatrechtlicher sei, und denselben, falls er ein privatrechtlicher sein sollte, als unbegründet, weil die Voraussetzungen einer Geschäftsführungsklage nicht vorliegen, abgewiesen. Bei der Beratung des Obertribunals fand die Ansicht, daß es zulässig sei, die Frage nach der privatrechtlichen Natur des Anspruchs dahingestellt zu lassen, Verteidiger. Es wurde gesagt: der Civilrichter entscheide materiell, sowohl wenn er den Anspruch als nicht im Privatrecht begründet abweise, als wenn er ausspreche, daß derselbe dem Kläger nicht zustehe: wenn letzterer Grund durchschlage, bedürfe der erstere keiner Erörterung. Gegen diese Ansicht ließe sich m. E. nichts Triftiges einwenden, wenn die Abweisung eines Anspruchs als eines nicht im Privatrecht begründeten eine materielle Entscheidung enthalten würde. Es wurde derselben denn auch von den Gegnern „die formale Konsequenz nicht abgesprochen", aber geltend gemacht:

1) Gerichtsblatt XII S. 191—92. V.

2) Vergl. Note 8 a. a. O.

„das Erfordernis der privatrechtlichen Eigenschaft einer Klagforderung sei die allgemeine Vorbedingung der richterlichen Thätigkeit, trage ebendeshalb einen präjudiziellen Charakter an sich und dürfe daher in keinem Rechtsfall unentschieden bleiben". Das ist vollkommen zutreffend, aber es ist damit doch wohl zugegeben, daß die Entscheidung darüber, ob ein erhobener Anspruch privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, lediglich eine Prozeßvoraussetzung betrifft, nicht die Materie der Sache; diese Prozeßvoraussetzung ist aber nichts anderes als die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs.

So sieht auch das Reichsgericht die Sache an. Diesem lag folgender Fall [1]) vor: eine Schulgemeinde nahm den Fürsten von L. auf Zahlung eines Beitrags zu den Kosten eines Schulhausbaus in Anspruch. Der Berufungsrichter ging „zu gunsten der Klin." von der Zulässigkeit des Rechtsweges aus und wies die Klage „aus Gründen des materiellen Rechts" ab. Das Reichsgericht erkannte: der Berufungsrichter habe die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht dahin gestellt lassen dürfen und wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab: die Entscheidungsgründe sprechen unter eingehender Erörterung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen aus, daß der Klin. hienach ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Bekl. nicht zustehe: dieser Ausspruch ist daher nach der Ansicht des Reichsgerichts gleichbedeutend mit demjenigen der Unzulässigkeit des Rechtswegs.

„Streitigkeiten über Privatrechtsverhältnisse fallen der Entscheidung des ordentlichen Civilrichters anheim, während für Ansprüche, welche im öffentlichen Recht ihren Grund haben, die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte begründet ist": so sagt einer der Hauptverteidiger der Obertribunals-Thesis [2]). (Hiebei ist von den positiv-rechtlichen Ausnahmen von diesem Grundsatz abgesehen.) Hieraus scheint zu folgen, daß der Rechtsweg zulässig ist, wenn der Streit ein Privatrechtsverhältnis

1) Entsch. des R.G. in Civilsachen XVII Nr. 43 und Schluß dieser Abhandlung.

2) Kübel im Württ. Archiv V S. 235.

betrifft, wenn der erhobene Anspruch ein privatrechtlicher ist, nicht: wenn Kläger behauptet, daß sich die Sache so verhalte. Das Obertribunal ist wohl anläßlich von Fällen der im Württ. Gerichtsblatt III S. 297 ff. dargelegten Art zu seiner Thesis gekommen. Es sind dies folgende: Kl. machte mit der negatorischen Klage geltend, daß er Eigentümer einer Quelle, eines Platzes sei; Bekl. leugnete das Eigentum des Kl.; das Obertribunal hat nun ausgesprochen, daß, wenn sich hier herausstelle, daß das Wasser ein öffentliches, der Platz ein öffentlicher sei, die Klage nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern materiell abzuweisen sei. Das ist auch nach der hier vertretenen Ansicht zutreffend: denn der Anspruch, welchen Kl. geltend macht — die Anerkennung seines Eigentums —, ist zweifellos ein privatrechtlicher. Den ganz richtigen Gedanken: „der Rechtsweg ist zulässig, weil der vom Kl. erhobene Anspruch — im Fall seiner rechtlichen Existenz — ein privatrechtlicher ist“ hat das Obertribunal dahin ausgedrückt: „der Rechtsweg ist zulässig, weil Kl. einen privatrechtlichen Anspruch zu haben behauptet“. Auch gegen diesen Satz ist, je nachdem man ihn versteht, nichts zu erinnern. Er kann besagen wollen: „der Rechtsweg ist zulässig, weil der Anspruch, welchen Kl. zu haben behauptet, (falls er überhaupt zu Recht besteht) ein privatrechtlicher ist“. So aufgefaßt ist dieser Satz ganz richtig und rechtfertigte er die im Gerichtsblatt a. a. O. mitgeteilten Entscheidungen des Obertribunals. Er kann aber auch besagen wollen: „der Rechtsweg ist zulässig, weil Kl. behauptet, sein angeblicher Anspruch sei ein privatrechtlicher“. In letzterem Sinn hat das Obertribunal — vielleicht die ursprüngliche Meinung seiner Thesis mißverstehend — den Satz in seiner späteren Praxis fortwährend aufgefaßt, in diesem Sinn aber kann er eben nicht als richtig anerkannt werden.

In allen Fällen, in denen es sich überhaupt um die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs handeln kann, hat der Richter zwei ganz getrennte Fragen zu prüfen. Die erste ist, ob der Anspruch, falls er besteht, ein privatrechtlicher ist, im

Privatrecht (oder nicht vielmehr im öffentlichen Recht) wurzelt? — die zweite: o b der Anspruch des Kls. zu Recht besteht oder nicht? Gelangt der Richter zur Verneinung der ersten Frage, so hat er auszusprechen: „ich lasse dahingestellt, ob das angesprochene Recht dem Kl. zusteht oder nicht, denn dasselbe würde sich jedenfalls, falls es besteht, auf das öffentliche Recht gründen"; es hat diesfalls Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zu erfolgen. Die zweite Frage hat der Richter überhaupt nur im Fall der Bejahung der ersten Frage zu beantworten; gelangt er zu i h r e r Verneinung, so hat er die Klage nie „als im Privatrecht nicht begründet", sondern schlechtweg — als unbegründet — abzuweisen. Wird also gebeten, zu erkennen, daß Bekl. schuldig sei, das Eigentum des Kls. an einem gewissen Platz anzuerkennen, und Bekl. bestreitet das Eigentum des Kls., indem er behauptet, der Platz gehöre der Gemeinde, ist also Streitgegenstand einzig und allein das Eigentum des Kl. [1]), so kann vernünftigerweise die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs gar nicht aufgeworfen werden, denn daß das vom Kl. in Anspruch genommene Eigentumsrecht ein Privatrecht ist, steht außer Zweifel. Gelangt aber der Richter nach Verhandlung der Sache zu der Ansicht, daß der fragliche Platz ein öffentlicher Platz ist, so ergibt sich daraus, daß das behauptete Eigentum des Kls. nicht besteht, und folgeweise ist dessen Klage abzuweisen — aber nicht etwa „als im Privatrecht nicht begründet", denn damit wäre die Möglichkeit offen gelassen, daß dieselbe im öffentlichen Recht begründet sein könnte: wenn aber Kl. nicht Eigentümer ist, so ist seine Klage überhaupt nicht begründet, gleichgiltig ob der von ihm als sein Eigentum in Anspruch genommene Platz dem Bekl., oder einem Dritten oder der Gemeinde oder niemand gehört.

Hiebei ist aber folgendes zu bemerken. Bei der negatorischen Klage geht das Klagegesuch häufig dahin: Bekl. habe

1) Anders verhält es sich, wenn das Eigentum des Kl. nicht bestritten, aber eine auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhende Befugnis zur Mitbenützung dieses Eigentums seitens des Bekl. behauptet wird. S. darüber unten.

das Eigentum des Kls. an dem und dem Platz anzuerkennen und demgemäß einen bestimmten Eingriff in dasselbe — z. B. Betreten, Begehen, Befahren — zu unterlassen; der Bekl. bestreitet dann das Eigentum des Kls. nicht, macht aber eine angebliche öffentlich-rechtliche Dienstbarkeit geltend, welche auf dem Eigentum des Kls. ruhe, und vermöge welcher er (Bekl.) über dasselbe zu gehen berechtigt sei. In solchen Fällen ist Gegenstand des Streits nicht das Eigentum des Kls., sondern der Bestand des vom Bekl. für sich in Anspruch genommenen Rechts; das Eigentum des Kl. bildet allerdings insofern die Grundlage seiner Klage, als er aus demselben das Recht ableitet, dem Bekl. das Begehen seines Grundstücks zu untersagen; allein mit dem — vom Bekl. gar nicht beanstandeten — Ausspruch, daß Kl. Eigentümer des Grundstücks sei, ist noch keineswegs ausgesprochen, daß dem Bekl. das von ihm behauptete Recht nicht zustehe. Ist aber letzteres der wirkliche Streitgegenstand, so hat der Richter zunächst zu prüfen, ob dieses Uebergangs- rc. - Recht, falls es überhaupt besteht, im öffentlichen oder im Privatrecht gegründet ist, und je nachdem er ersteres oder letzteres annimmt, den Rechtsweg für unzulässig oder für zulässig zu erklären: erachtet er die Zulässigkeit des Rechtswegs für gegeben, so hat er weiter zu prüfen, ob dem Bekl. das angesprochene Uebergangsrecht zusteht. Bei solcher Gestaltung der negatorischen Klage hängt also die Zulässigkeit des Rechtswegs von Beantwortung der Frage ab: ist das vom Bekl. behauptete, vom Kl. bestrittene Uebergangs- rc.-Recht, falls es besteht, im Privatrecht oder im öffentlichen Recht begründet? — nicht aber etwa davon, ob Bekl. behauptet, sein angebliches Recht gehöre dem öffentlichen Recht bezw. dem Privatrecht an [1]).

1) Vergl. hierüber Ger.Bl. VI S. 96 ff. VII S. 132 ff. Ein näheres Eingehen auf die Frage, wie sich bei der negatorischen Klage die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu gestalten hat, liegt außerhalb des Zwecks dieser Erörterung; vergl. hierüber beispielsweise auch Seufferts Archiv XVII Nr. 205. XXI Nr. 19 (auch die Entscheidung des Oberlandesgerichts vom 7. Dez. 1888 i. S. Altheimg. Horb, s. oben S. 127).

Mit Rücksicht auf solche Fälle wäre der maßgebende Grundsatz genauer dahin zu fassen: „der Rechtsweg ist zulässig, wenn der behauptete Anspruch, welcher den Streitgegenstand bildet, (nicht: der Anspruch, welchen Kläger zu haben behauptet) ein privatrechtlicher ist (bezw. nach positiver Gesetzesbestimmung der Richter über denselben zu entscheiden hat)."

Es kann vorkommen, daß der vom Kl. behauptete, den Streitgegenstand bildende privatrechtliche Anspruch nach dem Ergebnis der Prozeßverhandlungen dem Kl. nicht zusteht, vielleicht aber ein anderer, ähnlicher, aber im öffentlichen Recht wurzelnder Anspruch. In solchen Fällen ist die erhobene Klage vom Richter nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs (oder als im Privatrecht nicht begründet), sondern schlechthin — als unbegründet — abzuweisen. Denn eine Klagabweisung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ist nur möglich, wenn der Richter es dahingestellt sein läßt, ob der erhobene Anspruch dem Kl. zusteht, indem er ausspricht: er sei zur Prüfung dieser Frage nicht berechtigt, weil der angebliche Anspruch im Fall seines Bestehens im öffentlichen Recht wurzeln würde, wenn also der abgewiesene Kläger denselben Anspruch (nicht aber wenn er einen andern, gleichartigen) anderweit, beim Verwaltungsrichter oder bei der Verwaltung geltend machen kann.

Beispiele von Fällen der erwähnten Art sind folgende [1]). Kl. begründet einen Anspruch auf Benützung eines nicht schiff- oder floßbaren Flusses durch die Behauptung: der Fluß sei ein Privatfluß und sein Eigentum; im Prozeß stellt sich aber heraus, daß der Fluß ein öffentlicher ist. Hier kann von Unzulässigkeit des Rechtswegs keine Rede sein, denn der erhobene, auf das Eigentum des Kls. gestützte Anspruch ist zweifellos ein privatrechtlicher. Mit Verneinung dieses Eigentums fällt er aber notwendig zusammen, der Richter hat die Klage abzuweisen, weil der erhobene Anspruch des Kls., den Fluß kraft Eigentumsrechts benützen zu dürfen, unbegründet ist. Es mag sein, daß dem Kl. ein auf öffentlich-rechtlicher Basis

1) Vergl. Sarwey: Oeffentl. Recht § 70 S. 666—67.

beruhendes Benützungsrecht hinsichtlich des Flusses zusteht, das wäre aber ein ganz anderes Recht, als das im Prozeß geltend gemachte. Ebenso verhält es sich in folgendem Fall: ein Hausbesitzer beansprucht ein Holznutzungsrecht in einem Staatswald mit der Behauptung, ein solches Recht komme kraft landesherrlicher Verleihung jedem Hausbesitzer dieser Gemeinde zu; im Prozeß ergibt sich aber, daß das Nutzungsrecht nur der Gemeinde als solcher, nicht den einzelnen Hausbesitzern verliehen ist. Auch hier wird der Rechtsweg zulässig sein: denn wenn den einzelnen Hausbesitzern ein solches Recht verliehen wäre, wäre dasselbe ein Privatrecht; stellt sich aber heraus, daß ein solches Recht den Hausbesitzern, also auch dem Kl., nicht verliehen worden ist, so ist der erhobene Anspruch unbegründet: ob dem Kl. etwa ein auf anderer, öffentlich-rechtlicher Grundlage ruhendes Holznutzungsrecht zukommt, ist in diesem Prozeß nicht zu erörtern.

Ganz anders in dem im Eingang dieser Erörterung erwähnten Rechtsstreit über die Almosenbeiträge. Hier erhob sich vor allem die präjudizielle Frage: ist, falls überhaupt aus den herzoglichen Verfügungen ein Recht des Klägers abgeleitet werden kann, dieser Anspruch im Privatrecht oder im öffentlichen Recht begründet? Wenn — wie geschehen — der Civilrichter aussprach: er lasse dahingestellt, ob der behauptete Anspruch dem Kl. zustehe, denn jedenfalls sei er zur Entscheidung über denselben nicht berechtigt, sondern der Verwaltungsrichter — und der Verwaltungsrichter: er lasse dahingestellt, ob der behauptete Anspruch dem Kl. zustehe, denn die Zuständigkeit des Verwaltungsrichters [1]) sei jedenfalls für diese Streitsache nicht begründet — so war thatsächlich die Voraussetzung des Art. 12 des Ges. vom 25. August 1879 betr. die Entscheidung von Kompetenzkonflikten gegeben, in Beziehung auf denselben Gegenstand hatten bürgerliches und Verwaltungs-

1) In den Gründen des die Klage „als nicht im heutigen öffentlichen Recht begründet" abweisenden Urteils des Verwaltungsgerichtshofs ist dieser Ausspruch als aus der „Prüfung der Zuständigkeitsfrage" sich ergebend hingestellt.

gericht ihre Unzuständigkeit erklärt, der Kompetenz-Gerichtshof hätte daher entweder den Rechtsweg für zulässig oder das Verwaltungsgericht für zuständig erklären sollen.

Ein anderer Fall, welcher die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht in klares Licht zu setzen geeignet scheint, und bis zum Erlaß des Gesetzes vom 16. Dez. 1876 über die Verwaltungsrechtspflege (vergl. Art. 2 Ziff. 5 desselben) leicht hätte eintreten können, ist folgender: Kl. erhebt auf Grund des Art. 8 der Bauordnung einen Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde beim Civilrichter; dieser verwirft — wie wirklich vorgekommen ist [1]) — die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, weil Kl. behaupte, sein angeblicher Anspruch sei ein privatrechtlicher; er weist aber schließlich die Klage „materiell" „als nicht im Privatrecht begründet" ab, weil nach dem klaren Wortlaut der Bauordnung Streitigkeiten über den Art. 8 nicht vor die Gerichte gehören. Nun wendet sich Kl. an das Verwaltungsgericht; dieses geht aber hinsichtlich der Auslegung der Bauordnung von der vom früheren Obertribunal in der That vertretenen [2]), der des Civilrichters entgegengesetzten Ansicht aus und weist die Klage ebenfalls „materiell" „als nicht im öffentlichen Recht begründet" ab. Wäre die Thesis des Obertribunals richtig, der Ausspruch: „ein Anspruch sei nicht im Privatrecht bezw. nicht im öffentlichen Recht begründet" nicht identisch mit dem: „der Rechtsweg bezw. der Verwaltungsrechtsweg sei unzulässig", so wären auch hier die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Kompetenz-Gerichtshofs nicht gegeben, der Kl. wäre also mit seinem vielleicht durchaus begründeten Ersatzanspruch vollkommen rechtlos gestellt. Von der hier vertretenen Ansicht aus dagegen wären in diesem Fall die Voraussetzungen für eine Entscheidung des Kompetenz-Gerichtshofs gegeben, die Sache würde zur materiellen Entscheidung d. h. zur Entscheidung darüber, ob aus den vom Kl. angeführten Thatsachen sich ein Schadens-

1) Gerichtsblatt X S. 114 ff.
2) Gerichtsblatt XI S. 137 ff.

ersatzanspruch desselben gegen die Gemeinde rechtfertige, dem Gericht oder dem Verwaltungsgericht übertragen und dem Kl. wäre geholfen.

Ganz richtig war daher die im Württ. Archiv XXI S. 289 ff. mitgeteilte Entscheidung der Kreisregierung in Reutlingen, worin dieselbe in einem Fall, in welchem es sich um einen Anspruch einer Gemeinde gegen die Staatsfinanzverwaltung wegen Herstellung einer Schullehrerwohnung handelte, zunächst die Vorfrage erwog, ob der behauptete Anspruch, falls er überhaupt bestehe, ein öffentlich-rechtlicher sei, und auf Grund der Verneinung dieser Frage die Klage wegen Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs abwies.

Gegen diese Entscheidung und für die Thesis des Obertribunals sind Gründe ins Feld geführt worden [1]), welche im folgenden zu beleuchten sind. Man hat gesagt: die von der Thesis des Obertribunals abweichende Ansicht führe darauf, daß behufs Entscheidung über die formelle Kompetenzfrage die Sache selbst zuvor verhandelt und materiell gewürdigt werden müßte, was ein Widerspruch in sich selbst wäre.

Es dürfte schon aus der bisherigen Darstellung erhellen, daß dieser Einwand die hier vertretene Ansicht nicht trifft: die Sache selbst, d. h. die Frage, ob der im Streit befindliche Anspruch demjenigen, der ihn geltend macht, zukommt oder nicht, ist nach dieser Ansicht zum Zweck der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs in keiner Weise zu prüfen, bleibt vielmehr vollkommen dahingestellt. Nur die auf die privatrechtliche Natur, nicht auf die Existenz des geltend gemachten Anspruchs gerichteten Behauptungen der Parteien hat der Richter zum Zweck der Entscheidung der Kompetenzfrage zu würdigen. Wenn also z. B. jemand einen Anspruch auf Genuß einer Familienstiftung beim Civilrichter erhebt, der Bekl. aber einwendet, nach der Stiftungsurkunde sei die Entscheidung solcher Streitigkeiten der Verwaltungsbehörde vorbehalten (Art. 2 Ziff. 3 des Ges. vom 16. Dez. 1876

1) Württ. Archiv V S. 239 ff. Gerichtsblatt XVIII S. 379 ff.

über die Verwaltungsrechtspflege), so hat der Richter diese Behauptung zu prüfen und wenn sie sich als wahr erweist, die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzuweisen [1]); „die Sache selbst", die Frage, ob Kl. einen Anspruch auf den Genuß der fraglichen Stiftung hat, bleibt ganz unerörtert. Soviel ist allerdings richtig, daß die Prüfung der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nach der hier verteidigten Ansicht nicht immer eine so einfache Sache ist, wie nach der Thesis des Obertribunals, welche schließlich dazu führt, daß der Ausspruch der Unzulässigkeit des Rechtswegs gar nie möglich ist, indem man sagt: „entscheidend für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist die Behauptung des Kls. über die privatrechtliche Natur seines Anspruchs; ein Kläger, welcher einen Anspruch beim Civilrichter einklagt, behauptet eo ipso die privatrechtliche Natur seines Anspruchs, also ist für alle beim Civilrichter erhobenen Klagen der Rechtsweg zulässig". Es ist vielmehr — wie die oben angeführten Motive zu dem Gesetz betr. die Entscheidung von Kompetenzkonflikten hervorheben —, „denkbar, daß die Zuständigkeit bezw. Unzuständigkeit des bürgerlichen Gerichts oder des Verwaltungsgerichts nicht einfach bejaht oder verneint werden kann, sondern von thatsächlichen, noch einem Beweisverfahren unterliegenden Momenten — abhängt". Aber das beweist doch gewiß nichts gegen die Richtigkeit der hier — und für die Richtigkeit der vom Obertribunal vertretenen Ansicht: auch zum Zweck der Prüfung der formellen Frage, ob das vom Kl. angegangene Gericht räumlich zuständig ist, kann eine umständliche Verhandlung mit Beweiseinzug notwendig werden. Mißlingt dem Kläger der ihm obliegende Nachweis, daß sein angeblicher Anspruch im Fall seines Bestehens ein privatrechtlicher ist, so ist er wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ebenso abzuweisen, wie eine Klage wegen räum-

1) Nach der Obertribunals-Thesis wäre die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs zu verwerfen, weil Kl. die privatrechtliche Natur seines Anspruchs behauptet und diese nicht nur möglich, sondern nach dem Gesetz die Regel ist; die Klage wäre aber sofort „materiell" als nicht im Privatrecht begründet abzuweisen.

licher Unzuständigkeit des Gerichts abzuweisen ist, falls Kl. beim Bestreiten des Bekl. nicht darzuthun vermag, daß bei dem angerufenen Gericht ein Gerichtsstand begründet ist. Von einer eigentlichen Beweisführung wird übrigens in betreff der Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs nur in seltenen Fällen die Rede sein können; meist wird es sich um die Erörterung von Rechtsfragen handeln.

Auch der weiter zu gunsten der Thesis des Obertribunals geltend gemachte Grund: bei abweichender Meinung müßte der Civilrichter für einen Anspruch im Fall seiner Durchführbarkeit als zuständig, im entgegengesetzten Fall als unzuständig erklärt werden, — trifft die hier verteidigte Ansicht nicht. Dieser Einwand ist zulässig einer Ansicht gegenüber, welche in dem oben erwähnten Fall, da Kl. auf Anerkennung seines vom Bekl. bestrittenen Eigentums klagt und sich herausstellt, daß der vom Kl. als sein Eigentum in Anspruch genommene Platz res publica ist, wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abweisen will. Dies wäre aber — wie schon oben bemerkt — auch vom Standpunkt der hier vertretenen Ansicht aus unrichtig. Es ist im Gegenteil im Lauf der bisherigen Darstellung wiederholt betont worden, daß der Richter bei Prüfung der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs die Existenz oder Durchführbarkeit des im Streit befangenen Anspruchs durchaus dahingestellt zu lassen und nur auszusprechen hat — falls er zur Abweisung der Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs gelangt: „es mag alles wahr sein, was über die Existenz des behaupteten Anspruchs in thatsächlicher Beziehung vorgetragen ist und es mag aus den vorgetragenen Thatsachen folgen, daß dieser Anspruch zu Recht besteht, aber ich bin eben nicht berechtigt, ein Urteil über den Anspruch abzugeben, weil derselbe, w e n n er besteht, kein privatrechtlicher, sondern ein öffentlichrechtlicher ist“.

Die Behauptung: der erhobene Anspruch sei privatrechtlicher Natur — bildet auch keineswegs, wie schon gesagt worden ist, den Klagegrund, sondern nur den Grund zur Anrufung des C i v i l richters im Gegensatz zum Verwaltungsrichter; sie

bejaht nur das Vorhandensein einer Prozeßvoraussetzung, der Zulässigkeit des Rechtswegs, und steht ganz auf gleicher Stufe mit der Behauptung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichts.

Durch das Vorstehende hofft der Einsender die Sätze bewiesen zu haben: 1. der Ausspruch: „der Rechtsweg ist unzulässig" ist identisch mit dem Ausspruch: „der streitige Anspruch ist nicht im Privatrecht begründet"; 2. der Rechtsweg ist — von positivrechtlichen Ausnahmen abgesehen — zulässig, sofern begrifflich der behauptete, den Streitgegenstand bildende Anspruch, dessen Existenz dahingestellt bleibt, ein privatrechtlicher ist (und ferner in den durch positive Gesetzesbestimmung an die Gerichte verwiesenen Streitigkeiten).

Es würde zu weit führen, die Rechtsprechung der höchsten Gerichte Deutschlands über diese Frage, wie sie aus Seufferts Archiv sich ergibt, darzustellen. Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß die Entscheidung des Reichsgerichts XVII Nr. 43 mit der hier dargelegten Ansicht sich deckt. Es soll nun zum Schluß nur noch kurz hervorgehoben werden, daß den Entscheidungen des Reichsgerichts durchweg dieselbe Ansicht zugrunde liegt: stets wird bei Erörterung der Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs geprüft, ob der im Streit befindliche Anspruch, seine Existenz vorausgesetzt, ein privatrechtlicher i st, nie wird darauf Gewicht gelegt, daß Kl. die privatrechtliche Natur dieses Anspruchs b e h a u p t e. So ist Band III Nr. 77 ein Anspruch gegen eine Stadtgemeinde auf Ersatz von Unterhaltskosten für eine mittellose, hilfsbedürftige Person „wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs" abgewiesen worden, weil die Entscheidung über den klischen. Anspruch zusammenfalle mit der Entscheidung über eine Verbindlichkeit, hinsichtlich deren Bekl. m i t R e c h t behauptet habe, daß eine Feststellung nur im Verwaltungswege erfolgen könne. V Nr. 9 wird für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs als entscheidend erklärt, „ob durch die Vorschriften in § 12 des Vereinszollgesetzes — für Ansprüche, wie die erhobenen — der Rechtsweg ausgeschlossen sei" (also nicht — wie das Obertribunal in dem oben erwähnten, den Art. 8 der Bauordnung betref-

fenden Rechtsstreit angenommen hat — ob Kl. behaupte, nach dem (Vereinszoll-) Gesetz sei der Rechtsweg zulässig). V Nr. 45 wird entschieden, daß für eine Klage auf Feststellung, daß der Bekl. einen gewissen Familiennamen nicht führen dürfe, der Rechtsweg zulässig sei, weil „die Bejahung der Frage, ob nach gemeinem Recht die Befugnis, einen bestimmten Familiennamen zu führen, als ein Privatrecht anzuerkennen sei, keinem Bedenken unterliege". VII Nr. 43 wird der Rechtsweg hinsichtlich eines behaupteten Kirchenstuhlrechts zugelassen, indem am Schluß bemerkt wird: „Nicht die Frage liegt jetzt im Streite, ob und in welcher Weise der klische. Anspruch begründet, sondern nur, ob er nach den Ausführungen der Kläger ein solcher ist, welcher begrifflich als ein zur Kompetenz der Civilgerichte gehöriges Privatrecht erachtet werden kann" [1]). Alle einzelnen Urteile, welche das Reichsgericht in dieser Richtung erlassen hat, aufzuzählen, wäre zu umständlich: vergl. z. B. noch die schon oben angeführte Entscheidung XVII Nr. 43, ferner in demselben Band Nr. 55, 57, 60. Auch im neuesten — XXI. — Band der Reichsgerichtsentscheidungen ist in Nr. 34 S. 192 gesagt: „Die Eigenschaft eines Streites als einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit und damit die Zulässigkeit des Rechtswegs wird durch den rechtlichen Charakter des klagend verfolgten Anspruchs bestimmt": also durch ein objektives Moment, nicht durch die subjektive Behauptung des Kls. über die Natur dieses Anspruchs. (Vgl. auch Gaupp, Kommentar zur C.P.O. 2. Aufl. S. 12 bei Note 14 und die dortigen Citate.)

Auf Grund der in der vorstehenden Erörterung angedeuteten Erwägungen scheint dem Einsender der Wunsch gerechtfertigt, daß das Oberlandesgericht die oft erwähnte Thesis des früheren

1) Diese Entscheidung besagt nicht: der Rechtsweg ist zulässig, weil Kl. die privatrechtliche Natur ihres Anspruchs behaupten und diese möglich ist — sondern: er ist zulässig, weil der von den Kln. behauptete Erwerbstitel (Verjährung) angesichts der Thatsache, daß ein Kirchenstuhlrecht privatrechtlichen Charakter haben kann, als ein privatrechtlicher anzusehen ist.

Obertribunals hinsichtlich der Zulässigkeit des Rechtswegs aufgeben und sich der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Geltung gebrachten Ansicht anschließen möge, zumal es doch abnorm und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechend sein dürfte, daß — wie es nach der Thesis des Obertribunals der Fall ist — die von einer Partei einem Anspruch gegebene rechtliche Qualifikation für den Richter in irgend einer Hinsicht entscheidend oder bindend sein sollte.

XII.

Zur Auslegung des Art. 17 des Gesetzes betreffend die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 24. März 1881 (Reg.Bl. S. 123).

Von

Herrn Landrichter Goldmann in Stuttgart.

Am 30. Sept. 1886 ist zu Worms laut einer von dem Großh. hessischen Notar Dr. B. daselbst aufgenommenen Urkunde zwischen der Witwe Wilhelmine A. von Baden-Baden einerseits und dem Buchbinder Friedrich Sch. von Knittlingen als Pfleger des entmündigten Ludwig Fr. Gw. daselbst, dem Flaschner Wilhelm David Gw. von Derdingen, O.A. Maulbronn, und der Klara Louise geb. Gw., Ehefrau des Buchdruckers Gr. in Stuttgart, andererseits ein Schenkungsvertrag abgeschlossen und sofort vollzogen worden, wonach die Witwe A. behufs Erstattung eines Teils desjenigen Vermögens, welches sie in einem früheren Erbgang von der Witwe des mit den anderen Kontrahenten verwandten Bierbrauereibesitzers R. in Worms erhalten hatte, den letzteren je den Betrag von 3562 M. 50 Pf. teils in barem Geld, teils in Wertpapieren ausbezahlte.

Die Beschenkten unterließen es, von der Schenkung eine

Anzeige im Sinne des Art. 21 des Gesetzes betreffend die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 24. März 1881 zu machen. Nachdem dies aus Anlaß der Revision einer Pflegrechnung zur Sprache gekommen war, hat das Amtsgericht Maulbronn durch Strafbefehl vom 7. Juli 1887 den Buchbinder Fr. Sch. als Pfleger des Ludwig Fr. Gw., sowie den Flaschner Wilhelm David Gw. wegen Zuwiderhandlung gegen Art. 21 Abs. 1 vergl. mit Art. 27 lit. a des genannten Gesetzes je in eine Geldstrafe von 3 M. verfällt und durch Beschluß vom 25. Januar 1888 den beiden Beschenkten eine Schenkungssteuer von 8 % mit je 285 M. angesetzt.

Gegen die dritte Beschenkte, die Ehefrau Gr. in Stuttgart, wurde zunächst am 18. Juni 1887 von dem Amtsgericht Stuttgart-Stadt ein Strafbefehl wegen Verfehlung gegen die angeführten Gesetzesbestimmungen erlassen. In der Folge aber hat das letztere Amtsgericht durch einen am 16. Januar 1888 gefaßten Beschluß verfügt, daß von dem Ansatz einer Schenkungssteuer Umgang zu nehmen sei, indem es das Steuergesetz auf den vorliegenden Fall, wo die Schenkung im Ausland abgeschlossen und vollzogen worden war, nicht als zutreffend erachtete.

Die Civilkammer des Landgerichts Stuttgart, welche im Wege der Dienstaufsicht mit Prüfung dieses letzteren amtsgerichtlichen Steuerbeschlusses befaßt wurde, hat am 26. Sept. 1888 denselben aufgehoben und beschlossen:

der Klara Louise Gr. von der genannten Schenkung gemäß Art. 17 Absatz 1 b, Abs. 2, Satz 2, Art. 19. 20. 22 und Art. 4 E des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes vom 24. März 1881 eine Schenkungssteuer in Höhe von 8 % aus 3562 M. 50 Pf. mit 285 M. anzusetzen.

Aus den Gründen:

Die durch diese Schenkung unter Lebenden von der Ehefrau Gr. gemachte Vermögenserwerbung übersteigt an Wert den Betrag von 500 M. Die Beschenkte ist eine im Lande lebende Württembergerin. Es treffen also die Voraussetzungen zu, unter denen nach Art. 17 des württ. Erbschafts- und

Schenkungssteuergesetzes vom 24. März 1881 eine Schenkung von beweglichem Vermögen der Schenkungssteuer unterliegt. Die Frage, ob die Anwendung dieses Steuergesetzes um deßwillen ausgeschlossen ist, weil vorliegender Vertrag im Ausland (außerhalb Württembergs) abgeschlossen und auch dort vollzogen wurde, muß entgegen der von dem Amtsgericht Stuttgart-Stadt in seinem Beschlusse vom 16. Januar 1888 vertretenen Ansicht verneint werden.

1. Aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst ist eine Beschränkung der Steuerpflicht (für bewegliches Vermögen) auf im Inland abgeschlossene oder vollzogene Schenkungen so wenig als eine solche auf inländische oder im Inland wohnende Schenkgeber zu entnehmen.

Der — an sich nicht unklare — wörtliche Inhalt der fraglichen Gesetzesbestimmungen ist folgender:

Nachdem in Art. 17 Abs. 1 der Gegenstand der Schenkungssteuer allgemein dahin bestimmt ist, die Steuer werde erhoben von den durch Schenkungen unter Lebenden vermittelten Vermögenserwerbungen und zwar

a) von Schenkungen an Liegenschaften und denselben gleichgeachteten Rechten,

b) von einer Schenkung an beweglichem Vermögen, wenn deren Wert den Betrag von 500 M. übersteigt,

gibt Absatz 2 eine nähere Bestimmung des Steuerobjekts in Absicht auf die räumliche Begrenzung der Steuerpflicht gegenüber dem Ausland. In dieser Richtung wird unterschieden zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen. Bezüglich des unbeweglichen Vermögens (a) soll nach Satz 1 der Art. 2 Abs. 1 und 2 entsprechende Anwendung finden. Darnach sind von der Schenkungssteuer ausgenommen Erwerbungen von Liegenschaften, welche sich außerhalb Württembergs befinden, dagegen derselben ausnahmslos unterworfen die Erwerbungen von Immobilien, die sich innerhalb Württembergs befinden, wobei es also nicht darauf ankommt, ob die Kontrahenten In- oder Ausländer sind, im In- oder Ausland wohnen.

Für das bewegliche Vermögen dagegen wird in Satz 2

— nicht etwa auf die Bestimmungen in Art. 2 Abs. 3. 4 (über das bewegliche Nachlaßvermögen) verwiesen, sondern die Steuerpflicht dahin normiert:

„Schenkungen von beweglichem Vermögen sind nur „steuerpflichtig, wenn der Beschenkte ein im Land lebender „Württemberger ist."

Voraussetzungen der Steuerpflicht für Schenkungen an beweglichem Vermögen sind also nach dem Wortlaut des Art. 17, — abgesehen von dem rechtlichen Begriff der Schenkung überhaupt — nur:

1. daß durch die Schenkung eine Vermögenserwerbung unter Lebenden vermittelt wird,

2. daß deren Wert den Betrag von 500 M. übersteigt,

3. daß der Beschenkte ein im Land lebender Württemberger ist.

Weitere Erfordernisse sind hier nicht aufgestellt, insbesondere weder rücksichtlich des Orts, an welchem die Schenkung abgeschlossen oder vollzogen wird, noch bezüglich der Staatsangehörigkeit oder des Wohnorts des Schenkgebers. Es ist nun zuzugeben, daß Art. 17 Abs. 2, Satz 2 nicht lautet: „Schenkungen — sind steuerpflichtig, wenn der Beschenkte ein im Inland wohnender Württemberger ist", sondern „Schenkungen — sind nur steuerpflichtig, wenn" u. s. w. Allein aus dieser Fassung („nur") kann doch bloß das gefolgert werden, daß der Satz eine Restriktion gegenüber den in dem vorangehenden Text des Gesetzes aufgestellten Voraussetzungen der Steuerpflicht enthält, nicht aber kann diese Beschränkung zur Aufstellung einer weiteren Voraussetzung berechtigen, welche in den Worten des Gesetzes nicht zu finden ist.

Der Art. 20 des Gesetzes bestimmt sodann, daß zur Entrichtung der Steuer der Geschenknehmer verpflichtet ist und daß die Steuerpflicht (b) eintritt bei Schenkungen von beweglichem Vermögen mit dem Vollzug derselben bezw. wenn eine gerichtliche Insinuation zuvor erfolgt ist, mit dieser Insinuation. Auch hier findet sich keine Andeutung davon, daß der Vollzug der Schenkung im Inland vorausgesetzt werde.

2. Findet hiernach die beschränkende Auslegung in den wörtlichen Gesetzesbestimmungen keinen Anhalt, so ist darnach zu sehen, ob eine solche sich aus der Entstehungsgeschichte, dem übrigen Inhalt oder dem Geist und Zweck des Gesetzes rechtfertigt. Auch dies ist zu verneinen.

a) Das Amtsgericht geht von der Annahme aus, die Schenkungssteuer solle lediglich eine Ergänzung der Erbschaftssteuer bilden; da nun in Fällen der vorliegenden Art nach Art. 2 Abs. 3, 4 des Gesetzes von dem (im Ausland befindlichen, der teilungsrichterlichen Zuständigkeit einer württembergischen Behörde nicht unterliegenden) beweglichen Vermögen eine Erbschaftssteuer nicht hätte angesetzt werden können, so treffe nach der Absicht des Gesetzgebers auch die Schenkungssteuerpflicht nicht zu.

Es kann aber nicht zugegeben werden, daß die Schenkungssteuer nach der Absicht des Gesetzgebers lediglich eine Ergänzung, ein Korrelat der Erbschaftssteuer in dem von dem Amtsgericht unterstellten Sinne sei. Richtig ist zwar, daß in den Motiven zum Entwurf (S. 9) [1]) gesagt ist, die Schenkungssteuer finde ihre nächstliegende Begründung darin, daß in ihr die Erbschaftssteuer eine notwendige Ergänzung erhalte, was weiter dahin ausgeführt wird, daß es prinzipiell ungerechtfertigt wäre, die auf den Todesfall erfolgenden Vermögenserwerbungen mit einer steuerlichen Auflage zu treffen, dagegen die in ähnlicher Weise unter Lebenden unentgeltlich vor sich gehenden Vermögensübertragungen steuerlich nicht heranzuziehen, daß überdies die Schenkungssteuer dazu dienen müsse, dem Versuche einer Umgehung der Erbschaftssteuer zu begegnen.

Richtig ist ferner, daß in den Verhandlungen der Stände die Motivierung der Schenkungssteuer in der Richtung, daß sie eine Ergänzung der Erbschaftssteuer bilde, indem sie insbesondere darauf berechnet sei, eine Umgehung der letzteren zu verhindern, wiederholt betont worden ist [2]). Indessen sind im

1) I. Beilagenband zu den Verh. der Kammer der Abg 1880—82 S. 106.

2) Vergl. Bericht der Kommission der Abg. I Beilagenbd. S 262.

Verlaufe der Verhandlungen mehrfach auch die weiteren — und, wie es scheint, nicht minder maßgebenden Gesichtspunkte zum Ausdruck gekommen, daß mit der Schenkungssteuer aus vorwiegend finanziellen und fiskalischen Rücksichten ein Erwerb betroffen werden wollte, welcher im Gegensatz zu dem Ertrag aus Arbeitsleistungen oder aus dem Besitz von liegendem und beweglichem Vermögen als ein „persönlich unerarbeiteter, vielfach als Glücksfall anzusehender“ ein besonders geeignetes Steuerobjekt bilde [1]). Und nirgends ist, soweit auch die Gleichheit der steuerpolitischen Gründe und die Gleichartigkeit der steuergesetzlichen Behandlung hervorgehoben wurde, das ausgesprochen worden, daß die Steuerpflicht für Schenkungen nie die räumliche Grenze der Erbschaftssteuer überschreiten, daß, wo im gegebenen Fall die letztere nicht zur Anwendung käme, auch die Schenkungssteuer nicht erhoben werden dürfe. Es konnte bei der Verschiedenheit der beiderseitigen Steuerobjekte nicht beabsichtigt sein, die Voraussetzungen der Steuerpflicht für die Schenkungssteuer ganz genau ebenso zu regeln, wie für die Erbschaftssteuer und sind denn auch für die erstere im Gesetz mehrfach abweichende Bestimmungen selbständig getroffen.

Wenn also eine analoge Anwendung des die Erbschaftssteuer betreffenden ersten Teils des Gesetzes auf die im zweiten Abschnitt geregelte Schenkungssteuer an sich da für zulässig zu erachten ist, wo etwa die Bestimmungen in dem letzteren Teil unvollständig sind, und die gleichen Grundsätze auf die Schenkungssteuer zutreffen können, so kommt eine solche Analogie doch für den Fall nicht in Frage, wo das Gesetz, wie in Art. 17, die Steuerpflicht für die Schenkungssteuer ausdrücklich, selbständig und ohne erkennbare Lücke normiert.

b) Eine Anwendung der Gesetzesbestimmungen über die räumliche Begrenzung der Erbschaftssteuer auf die Besteuerung der Schenkung von beweglichem Vermögen erscheint als

---

Verh. der Kammer der Abg. II. Protok. Bd. S. 1173—1178, Verh. der Kammer der Standesh. Protok. Bd. S. 283, 285.

1) Motive S. 20 (117) cf. S. 8 (105). Verh. der Kammer der Abg. S. 1181, der Standesh. S. 282, 305.

unthunlich und sie würde zudem nicht einmal zu dem Resultat führen, daß es bei der letzteren auf Abschluß oder Vollzug im Inland ankommt. Daß die Frage der Steuerpflicht hierin auch rücksichtlich des beweglichen Vermögens für beide Steuern nach einem gleichen Grundsatz geregelt werden wollte, ist aus den Materialien des Gesetzes nicht zu entnehmen.

Der Entwurf hat allerdings bezüglich der Erbschaftssteuer und zwar auch in Absicht auf das Mobiliarvermögen im wesentlichen das Territorialprinzip zu Grund gelegt [1]).

Allein dieses Prinzip ist rein nur hinsichtlich der Erwerbungen von Liegenschaften durchgeführt, rücksichtlich des beweglichen Nachlasses dagegen erheblich modifiziert, indem hier die Besteuerung ganz an die teilungsrichterliche Zuständigkeit angeschlossen ist. Demzufolge ist hier — nach der derzeitigen württembergischen Rechtsauffassung und Rechtsprechung in Wirklichkeit der Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Todes maßgebend [2]). Aber auch dieser letztere Grundsatz ist wiederum — aus steuerpolitischen Rücksichten — durchbrochen, indem nach Art. 2 Abs. 4 („es wäre denn") der Erbschaftssteuer das im Inland befindliche, zu einem auswärtigen Nachlaß gehörige Vermögen in dem Fall unterliegt, wenn der Erwerber ein in Württemberg wohnender Württemberger ist.

Der Anschluß der Erbschaftssteuer an die teilungsrichterliche Zuständigkeit und Geschäftsthätigkeit aber wurde mit der Erwägung begründet, es werde für die Erbschaftssteuer vor allem darauf ankommen, die wesentlichen Vorteile, welche derselben aus dem Zusammenhang mit den von den Behörden gefertigten und solennisierten Teilungsgeschäften erwachsen, in thunlichst weitem Umfang festzuhalten [3]). Der gleiche Grundsatz konnte nicht auch bei der Schenkungssteuer zur Anwendung kommen, da für die Schenkungen von beweglichem Vermögen die ausschließliche örtliche Zuständigkeit einer zur Mitwirkung berufenen Behörde nicht in Frage kam.

1) Motive S. 12 (109), Kommissionsber. I. Beilagenb. S. 265 f.
2) Vergl. Motive u. Kommissionsber. a. a. O.
3) Motive S. 12 (109).

Zwar hat die Gesetzgebung auch bei der Schenkungssteuer an einen rechtspolizeilichen Akt: die Insinuation angeknüpft. Der Entwurf wollte die Schenkung nur in dem Wertsbetrag von 350 M., als beiläufig der Wertsgrenze für die gesetzlich vorgeschriebene Insinuation von Schenkungen (200 fl. = 342 M.) entsprechend, besteuern. Aber auch hier schon [1]) wurde ausgesprochen, es könne ein Anschluß der Steuer an die gerichtliche Insinuation nicht mit der Bedeutung erfolgen, daß die nicht insinuierten, bezw. nach Civilrecht von der Insinuation befreiten Schenkungen steuerfrei zu lassen seien. Nachdem so die Steuerpflicht nicht bloß auf die „nur faktisch bestehenden" nicht insinuierten Mobiliarschenkungen ausgedehnt, sondern auch im weiteren Verlauf die steuerliche Wertsgrenze zufolge der Beschlüsse der Kammer [2]) selbständig auf 500 M. festgesetzt worden war, konnte der „Insinuationsstandpunkt" vollends nicht mehr als der maßgebende betrachtet werden [3]).

Nach dieser Entwickelung und nach dem Inhalt der Art. 17 Abs. 2, Art. 20 Abs. 2, b des Gesetzes ist also für die Steuerpflicht nicht entscheidend, ob die Schenkung insinuationspflichtig ist, ob die Insinuation in Württemberg zu erfolgen hat, ob eine inländische Behörde damit befaßt wird.

Wollte man übrigens den Satz aufstellen, eine Steuer von der Mobiliarschenkung sei nicht zu erheben, wenn zu deren Gültigkeit die Insinuation bei einer württembergischen Behörde nicht notwendig ist, also auch immer dann nicht, wenn der Vertrag in einem auswärtigen Staat nach dem dort geltenden Recht — mit oder ohne Insinuation — gültig abgeschlossen worden ist [4]), so würde man, indem man den Ort des Vertragsabschlusses entscheiden ließe, für die Schenkungssteuer ein Prinzip zu Grund legen, welches weder den in Art. 2 Abs. 3, 4 für die Erbschaftssteuer gegebenen Grundsätzen analog wäre, noch auch mit den Bestimmungen des Art. 17 Abs. 2 im Ein-

1) Motive S. 20 (117). Kommissionsbericht S. 278.

2) Protok. Bd. II. S. 1186—1213.

3) Vgl. Verh. der K. der Standesh. Protok. S. 303 (v. Geßler).

4) Vgl. Windscheid P. § 35 a. E.

klang stände. Eine „entsprechende Anwendung" der Normen des Art. 2 ist hier eben nicht möglich, da sich weder für die teilungsrichterliche Zuständigkeit, noch für die Zugehörigkeit zu einem im Inland befindlichen Nachlaß bei der Mobiliarschenkung (soweit nicht etwa die Schenkung eines ganzen Vermögens in Frage steht) ein zutreffendes Analogon findet und auch der Fall, daß im Inland befindliches, zu einem auswärtigen Nachlaß gehöriges bewegliches Vermögen von einem im Land wohnenden Württemberger erworben wird, eine grundsätzliche Gleichstellung mit der einem Inländer gemachten auswärtigen Schenkung nicht verträgt.

c) Auch sonst lassen sich aus dem Gesetz nirgends Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß und welche weitere Beschränkungen der Steuerpflicht außer den in Art. 17 genannten gelten sollen.

Daß der Ort des Abschlusses oder des Vollzugs des Schenkungsvertrags für die Steuerpflicht maßgebend sein solle, ist im Gesetze nirgends gesagt. Die Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 b, daß die Steuerpflicht bei Schenkungen von beweglichem Vermögen mit dem Vollzug derselben und, wenn eine gerichtliche Insinuation vorher erfolgt, mit dieser Insinuation eintrete, bezieht sich offenbar nur auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuerpflicht, nicht auf eine örtliche Begrenzung derselben und berechtigt keineswegs zu der Annahme, eine Mobiliarschenkung sei der Steuer dann nicht unterworfen, wenn der Vollzug — die Thatsache, wodurch der Empfänger über das geschenkte Objekt die Verfügung oder ein Verfügungsrecht erlangt [1]) — im Ausland erfolgt.

Eine Voraussetzung rücksichtlich der Persönlichkeit der Kontrahenten sodann ist bei der Schenkung von dem Gesetz lediglich in Art. 17 Abs. 2 Satz 2, und zwar nur dahin aufgestellt, daß der Beschenkte ein im Lande lebender Württemberger sein muß, wozu die Motive S. 21 (218) bemerken:

1) Motive S. 21 (118).

„daß die Schenkung von beweglichem Vermögen an einen „im Ausland wohnenden Ausländer oder Württemberger, „auch wenn der Schenkgeber im Inland ist, der Steuer nicht „unterworfen werden kann, folgt daraus, daß es gleich un- „thunlich ist, die Steuer einem der inländischen Jurisdiktion „nicht Unterworfenen oder die Steuer dem Schenkgeber auf- „zuerlegen."

Nach Art. 20 Abs. 1 ist weiterhin zur Entrichtung der Steuer verpflichtet der Geschenknehmer. Ein von dem Abgeordneten Mohl hiezu gestellter Antrag, den Beschenkten für den Fall von der Verpflichtung zu entbinden, wenn der „im Lande wohnende Geschenkgeber der Behörde erklärt, dafür einzutreten" wurde abgelehnt [1]).

Zuständig für den Ansatz der Steuer ist nach Art. 21/2, 22/2 das Amtsgericht des Wohnsitzes des Beschenkten.

Hieraus ergibt sich, daß für den Gesetzgeber bei der räumlichen Begrenzung der Steuerpflicht hinsichtlich der Mobiliarschenkung nur die Verhältnisse des Schenknehmers als des alleinigen Trägers der Verpflichtung, nicht auch diejenigen des Schenkgebers bestimmend waren, daß insbesondere das Erfordernis der Staatsangehörigkeit bezw. des Wohnsitzes im Inland für die Person des Schenkgebers nicht aufgestellt werden wollte. Letzteres hätte andernfalls um so sicherer ausdrücklich hervorgehoben werden müssen, als die im Gesetz ausschließlich für den Beschenkten gemachte Beschränkung den Schluß auf das Gegenteil für den Geschenkgeber nahe legt. Entscheidend für die Steuerpflicht kann auch nicht sein, ob die durch die Schenkung betroffenen beweglichen Vermögensstücke sich im Inland oder Ausland befinden. Während rücksichtlich der unbeweglichen Güter das Belegensein der Sache im Inland sowohl für die Erschafts- als für die Schenkungssteuer schlechthin maßgebend ist, während für die Erbschaftssteuer von beweglichem Vermögen die teilungsrichterliche Zuständigkeit der inländischen Behörde entscheidet, wobei

1) Kammerverh. II. S. 1205/1207.

es — mit der oben erwähnten Ausnahme — nicht darauf ankommt, ob die einzelnen Nachlaßstücke sich im Inland oder Ausland befinden, ist in Art. 17 Abs. 2 Satz 2 weder auf die Normen des Art. 3 Bezug genommen, noch irgendwie angedeutet, daß hier der Ort, wo die betreffenden Vermögensstücke zur Zeit der Schenkung sich befinden, von Bedeutung sein solle. Es konnte wohl auch nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, nur das bereits im Inland befindliche Mobiliarvermögen zu treffen, das im Ausland befindliche steuerfrei zu lassen. Die Steuerpflicht wäre andernfalls in vielen Fällen bequem dadurch zu umgehen, daß die zu schenkenden Objekte vor Abschluß oder Vollzug der Schenkung in das Ausland verbracht würden, um sie nachher steuerfrei in das Inland zurückzuführen.

d) Für die Ansicht, daß das Gesetz auch die im Ausland erfolgte und vollzogene Schenkung, falls nur der Beschenkte ein im Inland lebender Württemberger ist, besteuern wollte, spricht sehr erheblich der Satz 3 von Absatz 2 des Art. 17:
„Eine etwa auswärts auferlegte Steuer ist auf die würt-
„tembergische in Abzug zu bringen und findet die Bestim-
„mung in Art. 2, letzter Absatz, auch bei der Schenkungs-
„steuer Anwendung."

Dieser im Entwurf nicht enthaltene Satz beruht auf einem Antrag der Kommission der Kammer der Abgeordneten [1]).

An welche Fälle der auswärts auferlegten Steuer hiebei von der Kommission gedacht wurde, ist von derselben allerdings nicht ausgesprochen worden. Gewiß am nächsten aber liegt — bei Mobiliarschenkungen — der Gedanke an Schenkungen, welche, weil im Ausland abgeschlossen oder vollzogen, einer auswärtigen Steuer unterworfen sind, wie denn auch in mehreren auswärtigen Staaten [2]) die Steuer anläßlich des Abschlusses, der Verurkundung der Schenkung angesetzt wird.

1) I. Beilagenbd. S. 279.

2) Vergl. die Zusammenstellung bei Wintterlin, das Erbschaftssteuergesetz, S. 116.

Als in der Verhandlung der Kammer der Abgeordneten [1]) der Antrag der Kommission auf Beifügung jenes Satzes von dem Abgeordneten M. Mohl beanstandet wurde, weil hierin der Grundsatz liegen würde, daß auswärtige Schenkungen, die an einen Württemberger in beweglichem Vermögen stattfinden, der württembergischen Steuer unterliegen, und mit dem Bemerken: „daß man etwas, was ein Württemberger einem Württemberger schenkt, besteuere, sei Beschluß; daß man aber von beweglichem Vermögen das, was ein Ausländer an einen Württemberger schenkt, besteuern soll, sei eine neue Beschwerung," erwiderte der Berichterstatter der Kommission (Untersee), es habe die Kommission nicht die Absicht gehabt, sich auf einen anderen Boden zu stellen, als der Entwurf, „sondern es „wollte die Kommission hier nur das ausdrücklich hervorheben, „was bei der Erbschaftssteuer auch gesagt worden ist, daß „nämlich, wenn Mobilien Gegenstände der Schenkung sind, die „infolge davon vom Ausland ins Inland kommen und dann „hier steuerpflichtig sind, wenn der Beschenkte ein im Land „wohnender Württemberger ist, daß in diesem Fall zu gunsten „des Württembergers gerechnet werden solle, wenn auf diese „Mobilien schon im Ausland eine Steuer gelegt worden wäre."

Diese, freilich nicht unzweideutige Erklärung besagt zunächst, daß die Kommission mit dem beantragten Beisatz nicht eine weitergehende Besteuerung auswärtigen Vermögens eingeführt wissen wolle, als solche schon von dem Entwurf beabsichtigt sei, sie umgeht zwar eine bestimmte Beantwortung der Frage, inwieweit nach dem Entwurf auswärtige Schenkungen besteuert werden sollen, unterstellt aber die Steuerpflicht allgemein und ohne weitere Restriktion für den Fall, daß „Mobilien Gegenstände der Schenkung sind — infolge davon vom Ausland ins Inland kommen — der Beschenkte ein im Land wohnender Württemberger ist".

Die Aeußerung des Berichterstatters der Kommission ist in der weiteren Verhandlung der Kammer, welche auf die

1) Protokolle S. 1183.

streitige Frage nicht zurückkam, unwidersprochen geblieben. Die Kammer der Standesherrn [1]) hat den von der zweiten Kammer gefaßten Beschlüssen — abgesehen von einer Abänderung der Worte Abs. 2 Satz 3 „darf in Abzug gebracht werden" in „ist in Abzug zu bringen" — zugestimmt, wobei auch hier von keiner Seite eine Einschränkung der allgemein lautenden Gesetzesbestimmung in Anregung gebracht wurde.

Viel entfernter als die Möglichkeit, daß zufolge einer im Ausland abgeschlossenen und vollzogenen Schenkung Mobilien vom Ausland ins Inland kommen, liegen die weiteren Fälle, auf welche nach den Ausführungen des Amtsgerichts der Satz 3 des Absatz 2 von Art. 17 bezogen werden könnte, nämlich

α) wenn ein Schenkungsvertrag im Inland befindliches Vermögen befaßt, aber im Ausland abgeschlossen und verurkundet und hienach besteuert worden, dagegen bei uns vollzogen und daher auch bei uns zu besteuern sei — an welchen Fall der Doppelbesteuerung der Berichterstatter der Kommission nicht gedacht haben kann, wenn er von Mobilien spricht, die vom Ausland ins Inland kommen;

β) wenn aus Anlaß der Schenkung des ganzen Vermögens, zu welchem im Ausland befindliches Mobiliar gehört, im Ausland eine Steuer für das dort befindliche Vermögen angesetzt worden ist, während dasselbe als mit dem diesseitigen Schenkungsvermögen ein Ganzes bildend, auch diesseits zu besteuern sei — welche Eventualität die Kommission wohl kaum zunächst ins Auge gefaßt haben dürfte. Was aber

γ) den noch übrigen Fall betrifft, daß ein zwar auswärts geschlossener und auswärtiges Vermögen betreffender Schenkungsvertrag im Inland erst, nachdem das Vermögen zu diesem Behuf hieher gebracht worden, vollzogen worden ist, so wird einmal ein auswärtiger Schenkungsvertrag über auswärtiges Vermögen in der Regel auch auswärts schon „vollzogen" sein, bevor das geschenkte Vermögensstück ins Inland kommt, dann aber ist, wie schon erwähnt, überhaupt nicht zu-

1) Protokolle ders. S. 306.

zugeben, daß das Gesetz den **Vollzug** der Schenkung im Inland als materielle Voraussetzung der Steuerpflicht aufstellen wollte.

3. Auch allgemeine rechtliche und steuerpolitische Grundsätze nötigen nicht zu einer einschränkenden Auslegung der fraglichen Gesetzesbestimmung.

Für eine solche kann der Satz, daß im Zweifel der Gesetzgeber nur für die seinem Staatsgebiet angehörigen Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse Vorschriften geben wolle, hier nicht entscheiden. Wenn das Gesetz den im Inland lebenden Württemberger wegen eines in das Inland gelangenden Vermögenserwerbs für steuerpflichtig erklärt, so hat es damit in der That Personen und Rechtsverhältnisse betroffen, welche „seinem Raum angehören" [1]). Das württembergische Schenkungssteuergesetz hat eben nicht, wie andere Gesetzgebungen [2]), den Abschluß oder die Verurkundung des Schenkungsvertrags an sich mit einer Steuer — Stempel, Accise, Registriergebühr — belegt, sondern besteuert nach Art. 17 Abs. 1, 2 die durch die Schenkung vermittelte **Vermögenserwerbung** der im Land lebenden Inländer und ein solcher Vermögenserwerb ist der diesseitigen Jurisdiktion nicht um deswillen entrückt, weil im gegebenen Fall der Vertragsschluß im Ausland erfolgt ist. Ueberhaupt aber darf wohl das reine Territorialprinzip auf die Verhältnisse der Steuerpflicht nicht unbedingt angewendet werden [3]).

Die steuerpflichtige Erwägung sodann, daß „der Gesetzgeber vernünftiger Weise nur den Güterumsatz in seinem eigenen Land mit Steuern belegen und einen aus dem Ausland ohne Gegenleistung kommenden, das Nationalvermögen vermehrenden Vermögenszuwachs auf jede Weise begünstigen werde" kann, wenn sie auch im allgemeinen für richtig gelten mag, gerade bei einem Steuergesetz, welches nicht sowohl den

1) Windscheid P. § 34.

2) Vergl. Wintterlin S. 116 f.

3) Vergl. Motive a. a. O. S. 109. Zorn, R.Staatsrecht I S. 104 N. 12, II S. 209.

Güterumsatz, als den durch den unentgeltlichen mühelosen Erwerb vermittelten Vermögensgewinn Einzelner steuerlich ausnützen will, eine maßgebende Bedeutung nicht beanspruchen. Die auf auswärtige, ins Inland kommende Schenkungen gelegte Steuer wird auch thatsächlich dem Abschluß solcher Schenkungen und der hiedurch bewirkten Vermehrung des Nationalvermögens nicht im Wege stehen. Jene nationalökonomische Rücksicht wäre überdies bei anderen Steuergesetzen gleichfalls nicht immer beobachtet worden, wie z. B. das Gesetz vom 19. Sept. 1852, betreffend die Steuer vom Kapital- rc.-Einkommen [1]) in Art. 1 Z. II b, vergl. Art. 2 Abs. 1 die einem Landesangehörigen aus dem Ausland zufließende Rente für steuerpflichtig erklärt, gleichviel ob dieselbe ohne Gegenleistung erlangt ist [2]).

Von dem Standpunkt des gegenwärtigen Gesetzes aus erscheint es weder gegen die ratio legis noch gegen die Billigkeit verstoßend, wenn ein im Inland wohnender Württemberger für eine auswärts erhaltene und von ihm nach Hause gebrachte Schenkung im Wert von über 500 M. hier mit einer Steuer belegt wird, deren Ertrag wiederum der Volksgesamtheit zu gut kommt. Der Härte aber, welche die Möglichkeit der Doppelbesteuerung bei auswärtigen Schenkungen mit sich brächte, will eben die Bestimmung in Art. 17 Abs. 2 Satz 3 begegnen.

4. Da sonach weder der, im Zweifel maßgebende Wortsinn noch die logische Auslegung des Gesetzes eine Beschränkung der Steuerpflicht auf die im Inland abgeschlossenen oder vollzogenen Schenkungen ergeben, so muß nach den Regeln der Gesetzesauslegung die allgemein lautende Gesetzesbestimmung auch in ihrer Allgemeinheit genommen und dürfen nicht Distinktionen hinein getragen werden, welche in den Worten des Gesetzes keinen Ausdruck gefunden haben [3]).

1) Regbl. S. 230 f.

2) Vergl. Art. 1 des Ges. vom 30. März 1872 betr. Abänderungen des Ges. vom 19. Sept. 1852, Regbl. S. 126 f.

3) l. 1 § 20 Dig. 14, 1, Wächter W. Privatrecht II § 23 S. 136 f. Ziff. 1, 2, 4.

XIII.

Steht der Anspruch auf die in den §§ 13 Nr. 2—4, 16—18 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmten Gebühren — Verhandlungsgebühr, Vergleichsgebühr, Beweisgebühr — dem Rechtsanwalte zu, welcher die Vertretung in der mündlichen Verhandlung, die Mitwirkung bei dem Vergleiche, die Vertretung in dem Beweisaufnahmeverfahren oder in dem Termine zur Leistung des durch Urteil auferlegten Eides einem zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung zum Stellvertreter des Rechtsanwalts bestellten Rechtskundigen übertragen hat?

Von

Herrn Landrichter Heigelin in Hall.

Zur Prüfung dieser Frage gibt die Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. April 1888 [1]) Anlaß. Diese — von den vereinigten Civilsenaten getroffene — Entscheidung stellt mit überzeugenden Gründen den Satz fest, daß dem Rechtsanwalte die in § 78 der Gebührenordnung bestimmte Vergütung — Tagegelder und Reisekosten bei Geschäftsreisen — nicht zusteht, wenn die Geschäftsreise von einem zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung zum Stellvertreter des Rechtsanwalts bestellten Rechtskundigen gemacht ist. Es fragt sich, ob in gleicher Weise zu entscheiden ist, wenn es sich um den Anspruch des Rechtsanwalts auf die oben bezeichneten Gebühren im Falle der Substitution eines solchen Vertreters handelt.

Die Litteratur und Rechtsprechung vor der angeführten reichsgerichtlichen Entscheidung macht, soweit ersichtlich, einen Unterschied in der Behandlung zwischen den verschiedenen Arten von Vergütungen — Gebühren und Auslagen —, welche für die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts im Gesetz vorgesehen

1) Vergl. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 21 S. 349.

sind, nicht, sondern beantwortet die Frage nach dem Vorhandensein eines Anspruchs des Rechtsanwalts auf Grund allgemeiner Erwägungen über die Anwendbarkeit der Gebührenordnung. Im Gegensatz hiezu stützt das Reichsgericht seine Entscheidung auf eine Prüfung der besonderen Voraussetzungen des § 78 der Gebührenordnung; es betrachtet die Festsetzungen dieses Paragraphen als solche, welche in der Rücksichtnahme auf die soziale Lebensstellung und die allgemeine Thätigkeit der Rechtsanwälte wurzeln und hienach nur für den Fall gelten, daß der Rechtsanwalt oder ein ihm gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung bestellter Stellvertreter die Geschäftsreise selbst mache; dabei stellt es ausdrücklich fest, daß das Gesetz in diesem Paragraphen nicht eine Gebühr, sondern einen Auslagebetrag festsetze. Im Anschluß an diese Behandlungsweise soll untersucht werden, ob auch für die oben bezeichneten Gebühren das Erfordernis eigener Thätigkeit des Rechtsanwalts besteht, und wenn dies der Fall, wenn also neben der Thätigkeit des Vertreters eine Thätigkeit des Rechtsanwalts erforderlich ist, um den Anspruch auf die Gebühr zu begründen — welcher Art diese Thätigkeit sein muß, damit ihr diese Wirkung zukommt.

1. Zunächst fragt sich, ob nicht etwa in betreff der Gebühren der — in betreff der Auslagen vom Reichsgericht zurückgewiesene — allgemeine Satz gilt, daß die Thätigkeit eines Vertreters des Rechtsanwalts der eigenen Thätigkeit des letzteren hinsichtlich des Anspruchs auf Vergütung gleichstehe, so daß keinerlei eigene Thätigkeit des Rechtsanwalts zur Begründung der Gebühr gefordert werden könnte. Diese Ansicht wird (in betreff der Gebühren und Auslagen) insbesondere vertreten von Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren und Gebührenordnung für Rechtsanwälte 1884 S. 21. Dieselbe erscheint nicht richtig. Denn das Gesetz bestimmt nirgends, daß die Thätigkeit des Vertreters derjenigen des Rechtsanwalts in Hinsicht auf den Gebührenbezug gleichzustellen sei.

Man kann nicht sagen, daß das Gesetz letzteres insofern vorschreibe, als es nirgends unterscheide, ob und inwieweit der Rechtsanwalt seine Thätigkeit selbst ausgeübt habe

oder durch einen Vertreter habe ausüben lassen [1]). Die Regel, daß man nicht Unterscheidungen in das Gesetz hineintragen soll, welche im Gesetz nicht liegen, kann nur dann Anwendung finden, wenn ein allgemein lautender Ausdruck vorliegt, welcher, in seiner Allgemeinheit genommen, diejenigen Fälle umfaßt, um deren Ausscheidung es sich handelt; so verhält es sich hier nicht; denn das Gesetz bedient sich bei Bezeichnung der Fälle, auf welche es seine Gebührenvorschriften angewendet wissen will, nirgends eines Ausdrucks, welcher die Thätigkeit des Rechtsanwalts und diejenige seines Vertreters gleichmäßig begreifen würde, sondern spricht immer nur von der Thätigkeit des Rechtsanwalts.

Man kann auch nicht aus dem Umstand folgern, daß der Rechtsanwalt auf Grund der ihm erteilten Prozeßvollmacht berechtigt ist, einen Vertreter zu bestellen; denn die Möglichkeit, zu substituieren, berührt die Frage, welche Gebühren verlangt werden können, wenn substituiert wird, lediglich nicht; eine stillschweigende Vereinbarung des Inhalts, daß im Falle der Substitution die gleichen Gebühren sollen gefordert werden können, wie bei eigener Thätigkeit des Anwalts, kann in der Vollmachtserteilung (mit Ermächtigung zur Substitution) an sich nicht gefunden werden, und auch eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Inhalts wäre zufolge der Bestimmung des § 94 der Gebührenordnung für das Verhältnis zu dem erstattungspflichtigen Gegner ohne Bedeutung [2]).

Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß im Falle der Thätigkeit eines gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung bestellten Stellvertreters die gleichen Gebühren verlangt werden dürfen, wie bei der Thätigkeit des Anwalts selbst; allein mit diesem Fall läßt sich der Fall der Substitution eines Vertreters für einzelne dem Rechtsanwalt obliegende Thätigkeiten, wie der Rechtsanwalt sie auf Grund der Civilprozeßordnung und nach dem von ihm eingegangenen Mandatsvertrag vornehmen darf,

---

1) Willenbücher a. a. O.

2) Vgl. die angef. Entsch. des RG. in Civils. Bd. 21 S. 356.

nicht vergleichen. Bei jenem Fall ergibt sich die Anwendung der Sätze der Rechtsanwalts-Gebührenordnung aus der Stellung, welche die von der Stellvertretung handelnde Vorschrift im Gesetze einnimmt, nämlich aus ihrer Stellung in dem die Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft im ganzen regelnden Gesetze und zwar speziell in dem Abschnitte über die „Zulassung zur Rechtsanwaltschaft", auf welchen der Abschnitt von den „Rechten und Pflichten der Rechtsanwälte" folgt: diese Stellung läßt erkennen, daß die Thätigkeit, welche der Stellvertreter als solcher ausübt, in jeder Beziehung der Thätigkeit des Rechtsanwalts gleichgestellt werden wollte [1]), bei der Vertretung durch einen vom Rechtsanwalt für einzelne bestimmte Angelegenheiten bestellten Vertreter fehlt es an Anhaltspunkten, welche die Gleichstellung rechtfertigen würden.

So wenig hienach aus dem Wesen der in Frage stehenden Vertretung die Gleichstellung folgt, so wenig läßt sich behaupten, daß durch die Vorschrift des § 25 der Rechtsanwaltsordnung, letzter Satz, dem Rechtsanwalte für den Fall seiner Vertretung durch einen Substituten der genannten Art Rechtsanwaltsgebühren gewährt werden wollten, oder daß aus den legislativen Vorarbeiten zum Gerichtsverfassungsgesetze, sowie zu dem Einführungsgesetze dieses Gesetzes und zu der Rechtsanwaltsordnung Gründe für eine weitergehende Auslegung der Gebührenvorschriften entnommen werden könnten; hierüber gilt das, was vom Reichsgericht in betreff des Anspruchs auf Erstattung der Auslagen ausgeführt ist [2]).

Zur Annahme des Satzes, daß die Thätigkeit eines zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung zum Stellvertreter des Rechtsanwalts bestellten rechtskundigen Vertreters der Thätigkeit des Rechtsanwalts in Hinsicht auf den Gebührenbezug gleichzustellen sei, könnte man vielmehr nur im Wege der Analogie kommen. Die Voraussetzungen der analogen Anwendung der Vorschriften der Gebührenordnung liegen aber

1) Vgl. die angef. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 21 S. 354.
2) Vgl. die angef. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 21 S. 356.

nicht vor. Diese Vorschriften stellen sich dar als Abweichung von der Regel des Rechts, sofern sie bestimmen, daß für die Gebühren des Rechtsanwalts (in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung) eine Taxe maßgebend sein soll, während es dem Prinzipe des Rechts entsprechen würde, wenn die Gebühren, beim Fehlen einer vertragsmäßigen Regelung, in jedem einzelnen Falle nach richterlichem Ermessen, unter Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse: des Zeit- und Arbeitsaufwands, welchen der Rechtsanwalt gemacht hat, der Güte seiner Arbeit, der sich verändernden Geldwertverhältnisse u. s. w., festgesetzt würden. Zu einer Ausnahme von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist das Gesetz aus Zweckmäßigkeitsgründen gelangt, und es ist bei Aufstellung des Gesetzentwurfs [1]) ausdrücklich anerkannt worden, daß mit der Einführung einer Taxe Mißstände verbunden seien, und daß die Taxe, weil sie einen Durchschnittsmaßstab anwenden müsse, im einzelnen Falle zu Vergütungen führen könne, welche mit der Leistung in grellem Mißverhältnisse stehen. Man kann nun nicht ohne weiteres annehmen [2]), daß das Gesetz diese Mißstände auch in dem Fall in Kauf genommen haben und die Abweichung von den Prinzipien des Rechts auf den Fall ausgedehnt wissen will wenn nicht die Thätigkeit eines Rechtsanwalts, sondern diejenige eines von ihm bestellten Vertreters in Frage steht, sollten auch alle die Gründe, welche zu den Bestimmungen über die Anwaltsgebühren geführt haben, auf diesen Fall völlig passen. Dieses läßt sich jedoch nicht einmal sagen. Denn die Festsetzung der Anwaltsgebühren ist unter dem Gesichtspunkt erfolgt, daß sie eine angemessene Belohnung für die Leistungen des Rechtsanwalts darstellen sollen [3]); es läßt sich aber nicht im allgemeinen behaupten, daß für die Leistungen eines, sei es auch rechtskundigen und zwei Jahre im Vorbereitungsdienste

1) Vgl. Motive zu dem Entwurf einer Gebührenordnung für Rechtsanwälte, Einleitung.

2) Es gilt in dieser Hinsicht der Grundsatz, daß singuläres Recht nicht analog ausgedehnt werden darf.

3) Vgl. die angef. Motive, Einleitung, gegen Ende.

beschäftigten, Vertreters die gleiche Belohnung angemessen sei, wie für die Leistungen eines Rechtsanwalts, welcher nicht nur gleichfalls rechtskundig und zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt gewesen, sondern überdies zum Richteramt befähigt sein muß, besondere Berufspflichten hat und hinsichtlich der Erfüllung derselben einer Aufsicht, und bei Zuwiderhandlungen ehrengerichtlicher Ahndung unterliegt.

2. Hienach ist zu fordern, daß der Rechtsanwalt, um Anspruch auf die Gebühr zu haben, die Thätigkeit, für welche sie bestimmt ist, selbst ausübt. Eine solche Thätigkeit kann in Frage kommen, auch wenn die Vertretung in der mündlichen Verhandlung, die Mitwirkung bei dem Vergleiche, die Vertretung in dem Beweisaufnahmeverfahren oder in dem Termine zur Leistung des durch Urteil auferlegten Eides einem Substituten übertragen ist.

Es fragt sich in erster Linie, ob nicht in der Bestellung des Vertreters eine die Gebühr für den betreffenden Prozeßabschnitt rechtfertigende Thätigkeit zu finden ist. Die verneinende Entscheidung ergibt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, sofern dasselbe die Gebühr „für die mündliche Verhandlung“, „für die Mitwirkung bei einem zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleiche“, „für die Vertretung in dem Termine zur Leistung des durch ein Urteil auferlegten Eides, sowie in einem Beweisaufnahmeverfahren“ gewährt, was nur von einer Thätigkeit in der mündlichen Verhandlung, beim Vergleichsabschlusse oder bei den demselben zu Grund liegenden Verhandlungen, im Eidestermin und im Beweisaufnahmeverfahren, nicht aber von einer der mündlichen Verhandlung u. s. w. vorangehenden, sie vorbereitenden Thätigkeit, wie die Bestellung eines Vertreters es ist, verstanden werden kann, und aus dem Zweck der Vorschrift, sofern diese auf einer Berücksichtigung der durch die mündliche Verhandlung, die Vergleichsverhandlungen, den Eidestermin oder das Beweisaufnahmeverfahren verursachten Mehrarbeit beruht, wie auch mittelbar aus der Bestimmung des § 42 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, sofern die Festsetzung einer besonderen

Verhandlungsgebühr für den Anwalt, welcher die Vertretung in der mündlichen Verhandlung auf Verlangen der Partei einem anderen Anwalt übertragen hat, überflüssig wäre, wenn in der Uebertragung der Vertretung an den anderen Anwalt eine Mitwirkung des Prozeßbevollmächtigten bei der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 13 Nr. 2 der Gebührenordnung läge, indem vielmehr alsdann für den Prozeßbevollmächtigten gemäß § 13 Nr. 2 die volle Verhandlungsgebühr begründet wäre, wie auch in den Motiven zu § 42 ausdrücklich ausgesprochen ist, daß die hinzutretende Thätigkeit eines zweiten Anwalts bei demselben Akte eine Herabsetzung der Gebühren des ersteren nicht herbeiführen könne [1]).

In zweiter Linie kommt in Betracht, ob nicht die Instruktion des Vertreters — welche in der Regel mit der Bestellung sich verbindet — eine zur Begründung der Gebühr ausreichende Thätigkeit darstellt. Auch diese Frage ist zu verneinen, und zwar aus denselben Gründen, welche zur Verneinung der vorigen Frage geführt haben, wobei die Bestimmung des § 42 der Gebührenordnung insofern schlüssig ist, als sie gerade den Zweck hat, eine Vergütung für diejenige Thätigkeit festzusetzen, welche in dem Verkehr mit dem Vertreter zur Vorbereitung der Verhandlung oder auch zum Zweck der weiteren Prozeßführung besteht [2]), was nicht erforderlich wäre, wenn durch diese Thätigkeit die Gebühr des § 13 Nr. 2 der Gebührenordnung begründet würde.

Es ist vielmehr bei den verschiedenen Gebühren nach deren besonderen Voraussetzungen verschieden zu entscheiden.

Für die Verhandlungsgebühr erscheint erforderlich, daß der Rechtsanwalt in der mündlichen Verhandlung thätig geworden ist; sie ist daher nicht begründet, wenn er die Vertretung in der mündlichen Verhandlung gänzlich einem rechtskundigen Substituten, welcher nicht Rechtsanwalt ist, übertragen

1) Vgl. Motive zu § 42, 43 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, erster Absatz.

2) Vgl. Motive zu § 42, 43 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, zweiter Absatz.

hat, dagegen ist sie begründet, wenn er nur die Ausführung der Parteirechte dem Rechtskundigen übertragen und wenn er auch nur einen von mehreren Terminen zur mündlichen Verhandlung persönlich wahrgenommen hat.

Die Vergleichsgebühr ist nicht bedingt durch ein Erscheinen des Rechtsanwalts in dem Termin, in welchem der Vergleich abgeschlossen wird, falls es sich um einen vor Gericht abgeschlossenen Vergleich handelt; denn sie ist überhaupt nicht davon abhängig, daß der Vergleich vor Gericht abgeschlossen wird; wenn dem vor Gericht erfolgten Vergleichsabschlusse Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien vorangegangen sind, so genügt es, wenn der Rechtsanwalt an diesen Verhandlungen sich beteiligt hat. Die Gebühr setzt voraus, daß der Rechtsanwalt bei den gerichtlichen oder außergerichtlichen Verhandlungen, welche zu dem Vergleich geführt haben, eine auf das Zustandebringen des Vergleichs gerichtete Thätigkeit entwickelt hat.

Für die Beweisgebühr, soweit es sich nicht um den Termin zur Leistung eines durch Urteil auferlegten Eides handelt, ist gleichfalls ein Erscheinen des Rechtsanwalts vor Gericht nicht erforderlich; denn nach § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung ist — zur Begründung dieser Art von Beweisgebühr — überhaupt nicht erforderlich, daß ein Termin zur Beweisaufnahme stattgefunden hat, vielmehr genügend, wenn nur ein auf die Erledigung des Beweisbeschlusses gerichtetes Verfahren seinen Anfang genommen und der Rechtsanwalt sich dabei beteiligt hat [1]); es kann daher ein persönliches Erscheinen des Rechtsanwalts auch nicht gefordert werden, wenn thatsächlich ein Termin zur Beweisaufnahme stattgefunden hat. Wohl aber wird vorausgesetzt, daß der Rechtsanwalt im Beweisaufnahmeverfahren — in dem angeführten Sinne — eine (nicht ganz minimale, sondern einen gewissen Aufwand an Zeit und Arbeit erfordernde) [2]), Thätigkeit in betreff der Beweisaufnahme geleistet hat.

1) Vgl. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 12 S. 393, Bd. 21 S. 408.
2) Vgl. Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 12 S. 393.

Handelt es sich dagegen um die Beweisgebühr für Vertretung im Termin zur Leistung eines durch Urteil auferlegten Eides, so ist erforderlich, daß der Rechtsanwalt im Termin persönlich anwesend war.

Für die Erhöhung der Verhandlungsgebühr im Falle des § 17 der Gebührenordnung gilt das Gleiche wie für die Verhandlungsgebühr nach § 13 Nr. 2: der Rechtsanwalt muß also an der weiteren mündlichen Verhandlung persönlich teilgenommen haben.

XIV.

Die Rechte des Dienstherrn aus dem Dienstvertrag nach Württembergischem Rechte.

Von
Dr. Gaupp in Tübingen.

Nach gemeinem Recht begründet die schuldhafte Nichterfüllung eines Vertrags seitens des einen Kontrahenten für den andern noch kein Recht des Rücktritts, soweit ein solches nicht ausdrücklich bedungen worden oder — wie bei Fixgeschäften — aus der besonderen Natur und dem Inhalt des Geschäfts sich ergibt. Der Gläubiger hat der Regel nach nur das Recht, auf Erfüllung des Vertrags und auf Leistung des Interesses zu klagen und nur, wenn nach der durch den Verzug des Gegners herbeigeführten Sachlage die Erfüllung keinen Wert mehr für ihn hat, sein Interesse also gerade in dem Rücktritt besteht, kann er die Aufhebung des Vertrags und Schadensersatz verlangen [1]). Diese Grundsätze gelten auch für den Dienstmiete-

---

1) S. Wächter, Erört. II S. 23 ff., Windscheid, Pand. § 280 N. 1, Dernburg, Pand. B. II § 41 zu Not. 10 und den Entw. d. bürg. Ges.B. §§ 360, 361, 369 [2], vgl. m. §§ 243, 247, 426 u. die Mot. hiezu u. Laband im civ. Arch. B. 74 S. 17 ff.

Vertrag. Dem Dienstherrn steht daher gegenüber dem kontraktbrüchigen Arbeiter oder Dienstboten der Regel nach ein Wahlrecht zwischen der Klage auf Erfüllung und dem Rücktritt vom Vertrag nicht zu. Nur wird hier auf Grund der c. 22 C. de loc. et cond. 4. 65 und in analoger Anwendung der Bestimmungen über das Recht der vorzeitigen Kündigung bei der Sachenmiete dem Kontrahenten das Recht eingeräumt, auch dann — ohne Einhaltung der Kündigungsfrist — vom Vertrag für die Zukunft zurückzutreten, wenn Umstände eintreten, unter welchen vom Standpunkte der Billigkeit ihm eine längere Fortsetzung des Verhältnisses nicht zugemutet werden kann [1]). Liegt hierbei der den Rücktritt rechtfertigende Grund in einem vertragswidrigen Verhalten des andern Teils, so ist dieser dem Zurücktretenden daneben noch zum Schadensersatze verpflichtet.

Wesentlich abweichend von dieser, heutzutage allgemein anerkannten Lehre des gemeinen Rechts sind nun aber die Bestimmungen des württ. Landrechts Th. II T. 17 § 8. Hiernach steht nämlich, wie sofort zu zeigen ist, dem Dienstherrn, wenn der Dienstbote ohne genügenden Grund den Dienst verläßt, das unbeschränkte Wahlrecht zu, entweder — unter Verzicht auf die Anrufung richterlicher Hilfe — vom Vertrag zurück zu treten und den bis dahin vom Arbeiter rc. bereits verdienten aber noch nicht empfangenen Lohn anstatt einer Schadensliquidierung zurückzubehalten, oder aber auf Vollziehung des Vertrags zu klagen. In letzterem Fall ist dann das Urteil auf die Leistung der Dienste selbst zu richten (vgl. L.R. I 55 § 3, I 75 § 1 und 2); der Beklagte kann jedoch, wenn es zur Exekution kommt und der Kläger innerhalb der Exekutionsfrist (L.R. a. a. O.) sein Interesse in Geld liquidiert, durch Abtragung des verursachten Schadens nach billiger Schätzung des Gerichts sich von der Exekution auf die Naturalleistung befreien [2]).

1) Vgl. E. des R.G. (III. C.Sen.) v. 21. Okt. 1881 in Seuff. Arch. 37 Nr. 109 u. Entw. d. bürg. Ges.B. § 566 u. Mot. II S. 469.

2) In letzterer Beziehung schließt sich das Landrecht näher an die

Ob das I., II. und III. Landrecht, welche diese Sätze übereinstimmend aussprechen, sich hierbei unmittelbar an statutarrechtliche Normen, welche schon bisher ein solches Recht der Selbstbefriedigung kannten — die älteren Schriftsteller berufen sich u. a. auf das sächsische, Hamburgische, Lübische, das Frankfurter und das markgräfl. badische Recht — anschließen wollten, oder aber einer auf Mißverständnis des römischen Rechts beruhenden im 16. und 17. Jahrhundert weit verbreiteten Theorie folgten, welche diese Sätze aus den römischen Rechtsquellen, insbesondere aus der l. 42 und l. 138 fr. D. de Vab. Bl. 45. 1 ableitete, läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Plebst, der älteste Kommentator des Landrechts, dessen Disputationen zum 1. und 2. Teil des letzteren erstmals im Jahre 1604 und dann nach der Publikation des III. Landrechts im Jahre 1614 erschienen, beruft sich für die fragliche Bestimmung des § 8 neben Baldus auf Sichardus, der — von Herzog Christoph zur Abfassung des I. Landrechts berufen — zwar schon vor der Vollendung des letzteren im Jahre 1552 gestorben war, dessen später mehrfach gedruckte, schon lange Zeit vorher aber in vielen Manuskripten verbreiteten Vorlesungen zum Kodex im 16. und 17. Jahrhundert großes Ansehen genossen und auch noch bei der Bearbeitung des III. Landrechts vorzugsweise benützt wurden. Sichardus aber führt zu c. 22 Cod. locati IV. 65 unter Nr. 4 aus:

richtig verstandene Lehre des neuesten justinianischen Rechts an, als die bis zur Auffindung der Institutionen des Gajus vorherrschende gemeinrechtliche Theorie, welche bei den obligationes faciendi von der mora des Schuldners an eine unbedingte Verwandlung der ursprünglichen obligatio faciendi in eine obligatio auf Leistung des Interesses eintreten ließ, vgl. namentlich Donellus ad tit. Cod. de act. e. vend. l. 4 Nr. 11 ff.; oder doch dem Beklagten das Recht einräumte, vor oder nach dem Urteil sich durch Leistung des Interesses von der Naturalleistung zu liberieren und zwar auf Grund der früher mißverstandenen l. 13 § 1 in f. D. de re judicata 42, 1 und der l. 68, 72 pr., 81 pr., 112 § 1 D. de Verb. obl. 45, 1; vgl. z. B. Bardili t. de obl. fac. §§ 87 ff., 113., Lauterbach Coll. Pand. 44, 7 de obl. et. act., § 18, u. 19, 2 locati. § 104, Hofacker, princ. t. III § 1732 u. die Citate in Not. 6; Griesinger, Komm. IV S. 986. S. auch Wächter, Erört. II S. 22 f., III S. 118 N. 64.

Quid autem in famulis nostris, si ante tempus conductionis discedant, an debeatur illis integra merces vel saltem an debeatur aliqua? Et certe decidendum est, mercedem his non deberi nisi tempore decurso, (Baldus ad h. t.) quia famulus pro sua parte debet servire priusquam possit agere judicialiter. Si autem ante tempus discedit, quia actionis dies nunquam venit, nunquam ergo potest agi. Andererseits ergibt sich aber aus der nachher anzuführenden 1. württ. Polizeiordnung vom 30. Juni 1549, daß wir es hier mit einer Bestimmung zu thun haben, welche nicht auf civilistischen Gründen beruhte, sondern auf das energische Eingreifen der Polizeigewalt gegenüber den damals über das ganze Reich verbreiteten Mißbräuchen der Arbeiterbevölkerung also auf wesentlich polizeiliche Gesichtspunkte zurückzuführen ist, wenn auch die Romanisten der Sitte der Zeit gemäß den vorgefundenen Grundsatz nachträglich aus dem röm. Recht zu begründen suchten. Unter den späteren Juristen war es dann Ferd. Christ. Harpprecht, welcher in seinen Consilien (s. Volumen nov. Cons. 3, Nr. 110 ff.), wie in seinen Different. juris com. et Württ. (v. J. 1691) p. II. § 12, und ebenso in den Diff. jur. com. et Badens. IV. § 12 die Unhaltbarkeit dieses Grundsatzes nach römischem Recht, zugleich aber auch die Abänderung des letzteren durch das württ. Partikularrecht nachwies, wie überhaupt alle Bearbeiter des württ. Rechts seit Plebst [1]) jene Sätze als eine Besonderheit des württ. Rechts vortrugen; so namentlich Besold in seinem Comm. succinctus zur Landesordnung (1632 und neu ediert 1732) fol. 172 und in seinen Disput. ad aliquot Ducatus Würt. ordinationes (1629) § 19; Lauterbach in seinen Disput. ad J. Pr. Württ. II. § 12 (1661) und im Coll. Pand. ad tit. Dig. de fugit. XI. 4. § 3 und locati XIX. 2 § 109; Griesinger, Komm. B. 4 S. 986; und aus der neueren Zeit Reinhard, Weishaar, Reyscher [2]), Wächter in seinen nicht gedruckten Vorlesungen, Hegler ꝛc.

1) S. auch dessen novantiquae Disput. II 17 § 8 (1614).

2) Bezüglich des letzteren s. u. Note 15.

Erst jetzt hat Lang S. 97 dieses Bands der Jahrb. unter Berufung auf zwei Entscheidungen des Landgerichts Rottweil aus neuester Zeit den Nachweis zu erbringen versucht, daß das Landrecht a. a. O. gar keine Abweichung vom gemeinen Recht enthalte, dagegen die seit 300 Jahren in Theorie und Praxis festgehaltene Auslegung nicht begründet sei. Ich erlaube mir, hiergegen die bisherige Lehre aufrecht zu erhalten. Zunächst ist die Ansicht zurückzuweisen, daß die seitherige Auslegung des Landrechts einen Widerspruch in sich selbst enthalte, und weiterhin zu zeigen, daß die versuchte Auslegung des Landrechts mit dessen Wortlaut unvereinbar ist, endlich darzulegen, daß das III. Landrecht inhaltlich mit dem I. und II. Landrecht durchaus übereinstimmt und daß die Gründe für die jetzt vorliegende Fassung des III. Landrechts klar zu Tage liegen.

I. Das geltende Landrecht bestimmt a. a. O. § 8 unter der Ueberschrift „Von Ehehalten, Dienstleuten, gedingten Arbeitern und Werkmeistern":

„Wann gedingte Knecht oder Mägd oder Taglöhner ohn Ursach aus dem Dienst oder Arbeit giengen, sollen unsere Amtleut (so sie solches gläublich befunden) dieselbige auf Anrufen des Haus- oder Bauherrn handhaben und verglibben, ihm auszudienen oder den verursachten Schaden nach Billigkeit abzulegen. So aber einer gemelte Knecht, Mägd oder Taglöhner nicht verbieten lassen, noch wider in Dienst oder Arbeit annemen wollt, ist er nicht schuldig, ihnen einigen Lohn zu geben: und sollen daneben die selbig ohngetreue Diener und Arbeiter durch unsere Amtleutt gebürlich gestraft werden."

Das Landrecht spricht hiernach mit keinem Wort von einem prinzipalen Klagrecht des Dienstherrn auf Schadensersatz und den Voraussetzungen eines solchen, sondern es geht von einer ganz andern, alternativen Berechtigung des Dienstherrn aus. Auch bezieht sich die Bestimmung nicht bloß auf das Gesinde (Knechte und Mägde) sondern auf Arbeiter jeder Art („Dienst oder Arbeit", „Haus- oder Bauherrn", „Taglöhner, Arbeiter").

Der Dienstherr kann hiernach entweder das Gericht anrufen, wenn er nämlich den Dienstboten wieder „in Dienst oder Arbeit annehmen wollt", also auf Leistung der Dienste selbst klagen. Er kann aber auch, wenn er dies nicht will, also nach seinem Belieben, den Dienstboten oder Arbeiter „nicht verbietten lassen", m. a. W. keine Klage erheben und ist dann nicht schuldig, dem Arbeiter einigen Lohn zu geben. Klagt er dagegen auf Rückkehr des Dienstboten ꝛc. in den Dienst, bezw. in die Arbeit, und wird dieser Anspruch für begründet („für glaublich") befunden, so ist zunächst auf diese Naturalleistung zu erkennen (L.R. I. 55 § 2 und 3 s. o.). Die Exekution aber besteht darin, daß die Amtleut den Arbeiter „handhaben" d. h. gewaltsam festhalten [1]) und verglibben d. h. angeloben lassen, den Dienst in Natur zu leisten oder aber dem Kläger den verursachten Schaden — der nunmehr in der Exekutionsinstanz nach billigem Ermessen festzustellen ist — abzutragen (s. o.).

Mit der Frage, ob etwa der Dienstherr auch berechtigt wäre, nach den oben dargelegten Grundsätzen des gemeinen Rechts seine Klage von Anfang an unter Rücktritt vom Vertrag auf die Leistung des Interesses zu richten, weil die Naturalleistung jetzt erweislich allen Wert für ihn verloren habe, beschäftigt sich das Landrecht gar nicht, schließt also auch eine solche Klage nach Maßgabe des richtig verstandenen gemeinen Rechts nicht aus. Denn das Landrecht ist kein umfassendes Gesetzbuch, sondern wollte nur dasjenige regeln, was den Unterthanen zunächst in seinem Verkehr und in seinen Verfügungen berühre, und was er in diesen Punkten am notwendigsten zu wissen habe [2]), und im vorliegenden Fall insbesondere handelte es sich zunächst nur um ein möglichst rasches, summarisches Verfahren gegen kontraktbrüchige Arbeiter.

Für die Annahme, daß in § 8 S. 1 dem Dienstherrn

1) „Handhaben" bedeutet hier in der ältern Rechtssprache nach Grimm, deutsch. Wörterb. IV [2] soviel wie festfassen, halten, anhalten, gewaltige Hand an einen legen = intentare manus alicui; „soll man denselben handhaben und fahen".

2) Wächter, Handb. I S. 348 zu N. 6.

ein, übrigens auch im gemeinen Recht, abgesehen von Firgeschäften (s. o.) nicht begründetes freies Wahlrecht zwischen der Klage auf Fortsetzung des Dienstverhältnisses und dem Anspruch auf Schadensersatz habe eingeräumt werden wollen, fehlt es hiernach an jeder Grundlage im Gesetz.

Selbstverständlich würde übrigens, selbst wenn man im Sinne der älteren Doktrin über obligationes faciendi aus der angeführten Stelle den Satz ableiten könnte, daß infolge der mora des Arbeiters die ursprüngliche obligatio faciendi schon vor Erhebung der Klage sich in einen alternativen Anspruch oder in einen Anspruch auf das Interesse mit facultas alternativa des Beklagten bezüglich der Naturalleistung verwandelt habe, aus einer solchen Berechtigung kein Widerspruch mit dem in S. 2 gewährten Rechte der Selbstbefriedigung ohne Anrufung des Gerichts zu folgern sein. Denn dieses letztere Recht kann neben der Klage auf Naturalleistung wie neben der Klage auf Schadensersatz zwar nicht kumulativ, wohl aber alternativ bestehen. Findet der Dienstherr seine Deckung bereits in dem vom Arbeiter verdienten, aber noch nicht erhobenen Lohn, so hat er nicht nötig, die Hilfe des Gerichts anzurufen, und kann auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung die etwaige Klage des Arbeiters zurückweisen. Hat er dagegen ein Interesse, am Vertrag festzuhalten, so klagt er auf Erfüllung des Dienstmietevertrags, wobei dann aber der Beklagte die Exekution auf das facere (durch „Behaften, Handhaben und Verglübden") in der oben angegebenen Weise abwenden kann.

II. Die versuchte neue Auslegung ist aber auch mit dem übrigen Wortlaut des Landrechts nicht vereinbar. Denn die Worte „so ist er nicht schuldig, ihnen „einigen Lohn" zu geben" bedeuten so viel wie: „ihnen irgend einen Lohn zu geben". Sie auf den zukünftigen Lohn allein zu beziehen, ist sprachlich und inhaltlich unmöglich. Denn daß ein weggelaufener Dienstbote, Arbeiter oder Taglöhner für die Zeit, nachdem er den Dienst verlassen, keinen Lohn mehr beanspruchen kann, ist so selbstverständlich, daß man den Landrechtsverfassern nicht wohl

zutrauen kann, daß sie die Nichtbezahlung eines von dem kontraktbrüchigen Taglöhner, Arbeiter oder Dienstboten noch gar nicht verdienten Lohns als eine Satisfaktion für den beschädigten Dienstherrn aufgefaßt haben sollten. Daß übrigens die angeführten Worte so viel bedeuten, wie gar keinen Lohn, weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit, läßt sich, ganz abgesehen von dem Wortlaut, auch aus der Entstehungsgeschichte der jetzigen Fassung evident nachweisen.

III. Das I. und II. Landrecht hatte nämlich unter der Rubrik „Von Ehehalten, Dienstleuten und gedingten Arbeitern, die nicht glauben halten" bestimmt:

„Wir wollen und ordnen: Welcher Taglöhner, Knecht „oder Mägd dingt und ihm die ohn Ursach aus dem Ziel „giengen und sich das glaublich erfünde, so mag er sie „durch unsere Amtleut handhaben und behefften, „so lang bis sie ihm den Dienst ausdienen oder ihm den „Schaden abtragen. Wäre aber einem nicht gelegen, sie also „zu beheфften und in Dienst ferner anzunehmen, so soll er ihnen „doch umb vergangenen Lohn zu geben nicht schuldig sein."

Zunächst handelt es sich auch hier nur um das Wahlrecht zwischen der Klage auf Leistung der Dienste („wenn ihm nemlich gelegen, sie also zu beheфften und in Dienst ferner anzunehmen") und der Selbstbefriedigung durch Zurückbehaltung des Lohns, wobei im Fall der Klage auf Naturalleistung die in der Exekutionsinstanz zugelassene Liberierung des Beklagten durch Ersatz des verursachten Schadens in den Worten: „handhaben und beheфften [1]) solange bis" womöglich noch schärfer zum Ausdruck gebracht ist, als im III. Landrecht.

Was dagegen die zweite Alternative betrifft, so ist hier als Gegenstand der Zurückbehaltung ausdrücklich der ver-

1) Heften, Beheften bedeutet nach Grimms Wörterbuch I S. 1332 u. IV 2 S. 769, welchem noch die Stelle in Haugs Relation „von Arrestiren, Hefften und Niederlegen der Schuldner ꝛc." (Landrechtsakten S. 112) beigefügt werden kann, soviel wie mit Beschlag belegen, verhaften: „man mag ihn wohl hefften, bis er die Schulden abtrag"; „pfänden und hefften".



gangene Lohn d. h. der Lohn für die vorangegangene Zeit bezeichnet. Warum wurde nun aber an die Stelle dieser Fassung die jetzt vorliegende des III. Landrechts gesetzt? Lang und das Landgericht Rottweil vermissen eine Aufklärung hierüber in den Landrechtsakten, und doch dürfte der Anlaß zu der Fassungsänderung klar zu Tage liegen. In Haugs Relation ist zu §§ 8 ff. einfach bemerkt: dieselben seien also lauter, daß sie keiner weiteren Erläuterung bedürfen [1]; und in der That bedurfte es für die Zeitgenossen einer Erläuterung dieser bloß redaktionellen Aenderung nicht. Schon in der ersten württ. Polizeiordnung vom 30. Juni 1549 war nämlich im Anschluß an die zu Augsburg im Jahr 1548 erlassene Reichspolizeiordnung T. 24 („von reysigen Knechten und Dienstboten") und Titel 37 („von Handwerkssöhnen, Gesellen, Knechten und Lehrknaben") und in Vollziehung derselben zunächst unter der Ueberschrift „von Reisigen, auch Dienstknechten, Mägden und Ehehalten" den Amtleuten und Gerichten eingeschärft:

„Der Ehehalten Besoldung und Belohnung halb eine gut, „billige Ordnung zu machen, damit die Ehehalten ihre Dienst „und Geschäft, wie sie zu thun schuldig, getreulich und fleißig „versehen. —

„Sonderlich aber ordnen und wollen wir — wann fürohin ein Ehehalt seinem Herrn Meister oder Frauen vor und „eh der bestimmten Zeit, darauf er gedinget hat, ohne rechtmäßige genugsame Ursache außer dem Dienst gehen wollt „oder würde, daß sein Herr Meister oder Frau ihm „für die Besoldung nichtzit zu geben oder zu thun „schuldig sein [2]."

Hier ist also von einer Klage auf Naturalleistung und einer Exekution durch Hefften und Verglübdenlassen noch gar keine Rede, sondern es wird der Dienstherrschaft durch dieses Polizeigesetz das Recht eingeräumt, dem kontraktbrüchigen Dienstboten nichtzit — also gar nichts zu bezahlen. Mit den ander-

1) Landrechtsakten S. 201, vgl. auch S. 290.
2) Reyscher, Regierungsges. I S. 157.

weiten civilrechtlichen Befugnissen sich zu beschäftigen hatte diese Polizeiordnung keinen Anlaß, sowenig als die angeführte Reichspolizeiordnung.

Diese Bestimmungen der württ. Polizeiordnung von 1549 gingen später wörtlich in die V. LandesO. vom 2. Jan. 1552 über [1]). In das erste Landrecht (1555) wurde dann der oben bereits ausgehobene, mit dem II. L.R. wörtlich übereinstimmende Paragraph (nur statt „glaublich" heißt es dort „wahrlich"), und zwar nicht bloß für Ehehalten, sondern für „Dienstleut" und „gedingte Arbeiter" überhaupt aufgenommen [2]).

In die zwei Monate nach der Erlassung des II. Landrechts (1. Juli 1567) im Sept. 1567 [3]) publizierte VI. Landesordnung wurde dagegen der oben aufgeführte Passus aus der 1. Polizeiordnung und der 5. Landesordnung wörtlich inseriert, jedoch wurden mit Rücksicht auf das inzwischen erschienene I. und II. Landrecht die Worte „ihn hefften und verglübden lassen, auch" eingeschoben, woran sich wieder die Worte anschlossen „für die Besoldung nichtzit zu geben oder zu thun schuldig sein".

Letztere Fassung der Landesordnung (1567) lag hiernach vor zu der Zeit, als das III. Landrecht verfaßt wurde. Außerdem hatte diese Landesordnung auch auf fol. 115 (Tit. 55 § 4) eine ähnliche Bestimmung bezüglich der Handwerksgesellen und Knechte aufgenommen.

Da man bei der Redaktion des III. Landrechts überall bemüht war, letzteres mit der VI. Landesordnung, dem neben dem Landrechte wichtigsten und umfassendsten Gesetz des Herzogtums in Einklang zu bringen, so verstand es sich von selbst, daß man auch die obigen Bestimmungen auf fol. 98 und 99

1) Reyscher a. a. O. S. 223 vgl. mit S. 787 Note 928.

2) Das Gen Reskr. v. 8. Aug. 1555 (a. a. O. S. 288) schärft im wesentlichen nur die Bestimmungen der 5. Landes-O. und des I. Landrechts und zwar sowohl für Dienstboten als für Handwerksgesellen ein, wonach dieselben „bei Verlust ihrer angedingten Besoldung" nicht vor versprochener Zeit aus ihren Diensten treten sollten.

3) Reyscher a. a. O. S. 344 N. 133.

(später Tit. 49 § 3) der Landesordnung, welche Wächter mit Recht als die Grundlagen einer allgemeinen Gesindeordnung bezeichnet, bei der Fassung des § 8 (von Th. II Tit. 17) berücksichtigte. Während das I. und II. Landrecht vom „vergangenen Lohn" gesprochen hatte, wurde jetzt aus dem Polizeigesetz die sachlich identische, aber peremptorischer klingende Fassung aufgenommen, nach welcher der Dienstherr gar keinen Lohn, nichts an Besoldung zu zahlen schuldig sein soll, indem man nur das veraltete nichtzit durch die Worte „nicht einigen Lohn" ersetzte. Die beiden letzteren Fassungen bestehen übrigens jetzt als gleichbedeutend neben einander, indem bei dem Wiederabdruck der VI. Landesordnung die Fassung nichtzit belassen wurde [1]).

1) Was das Verhältnis der sog. VII. zur VI. Landesordnung betrifft, so mag, nachdem neuerdings Degenkolb im civ. Arch. B. 71 S. 197 N. 41, wie es scheint, veranlaßt durch die Bemerkungen von Wächter, Handb. I S. 359 und II S. 53 N. 10, die VII. Landesordnung als ein Beispiel der von ihm sog. Reproduktion oder Republikation eines Gesetzes angeführt hat, auf Grund der Originaldrucke von 1567 und 1621 folgendes bemerkt werden. Die VII. Landesordnung ist in der That kein neues Gesetz, sondern nur ein neuer Abdruck der VI., wie sie auch von den zeitgenössischen Schriftstellern als mit letzterer identisch behandelt wird. Herzog Joh. Friedrich selbst bemerkt in der Vorrede von 1621 zu seiner Ausgabe der Landesordnung und der seit 1567—1621 erlassenen Generalreskripte: „Da die Exemplare der Landesordnung (sc. v. 1567) seither fast alle ausgangen und an mehrentheils Orten, da man deren bedürftig, in Mangel stehe, so habe er des Herzogthums gemeine Landesordnung durch seinen Buchdrucker wiederum auflegen lassen". Obgleich nun infolge der inzwischen — seit 1567 — erlassenen neuen Konstitutionen verschiedene Bestimmungen dieser Landesordnung nicht mehr praktisch seien, so habe er doch „aus sonder bewegenden Ursachen", dieselbe, wie sie Herzog Christoph verfaßt, ungeändert verbleiben, daneben aber an etlichen Orten durch Marginalien und Beisätze hieran Erinnerung thun und „die seither erlassenen novellas constitutiones anhenken lassen." Demgemäß ist die Landesordnung auch jetzt wieder als Gesetz des Herzog Christoph mit dem alten Datum vom 17. Aug 1567 wörtlich und seitengleich abgedruckt und es ist derselben jetzt, ähnlich wie dem III. Landrecht, ein amtliches alphabetisches Register beigefügt und dazu bemerkt, daß solches auch für die vorige Edition

Dagegen ist, was die juristische Formulierung der angeführten Rechte des Dienstherrn betrifft, die Landesordnung (Titel 49 § 3), da sie als ein an das Landrecht sich anschließendes Polizeigesetz ihre Disposition bezüglich der Alternative zwischen Erfüllungsklage und Selbstbefriedigung in einer allzu summarischen Fassung vorträgt, aus dem Landrecht zu ergänzen [1]).

---

der Landesordnung könne benützt werden. In den Schlußworten — nach Abdruck der Generalreskripte — wird dann noch d. d. 11. Nov. 1621 allen Behörden des Landes eingeschärft, der Landesordnung nebst den genannten Reskripten genau nachzuleben. Sofern man nun staatsrechtlich unter der Publikation eines Gesetzes den Akt versteht, durch welchen dieses, wenn es auch den Inhalt früherer Gesetze wiederholt, formell als neues Gesetz ins Leben tritt, so fehlte es dem Herzog Joh. Friedrich hier ganz an der Absicht, einen neuen Gesetzgebungsakt vorzunehmen; denn die Fertigung eines neuen Abdrucks ist ein solcher nicht, und die Bemerkung bezüglich des Registers beweist, daß man die bisherigen Abdrücke der VI. Landesordnung auch fernerhin als maßgebenden Gesetzestext behandelt wissen wollte, wie denn auch der neue Abdruck unter dem Namen des Herzogs Christoph und unter dem Datum von 1567 mit der Annahme eines neuen Gesetzgebungsakts unvereinbar ist. Die „bewegende Ursache" zu diesem Verfahren mochte für den Herzog schon darin liegen, daß die VI. Landesordnung wie das Landrecht mit förmlicher Zustimmung und Mitwirkung der Stände erlassen worden war (s. auch Wächter I S. 147), und, so manche Differenzen im übrigen bezüglich der Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung bis zum Erbvergleich von 1770 bestanden, der Herzog Joh. Friedrich doch allen Grund haben mochte, angesichts der Vorgänge bei der Endredaktion des III. Landrechts und angesichts des damals bereits — auf den 25. November 1621 — einberufenen Landtags ein förmlich mit den Ständen verabschiedetes, also nach damaliger Auffassung vereinbartes wichtiges Gesetz einseitig abzuändern.

Es handelte sich staatsrechtlich um ein ganz analoges Verfahren wie neuerdings bei der dem Reichskanzler übertragenen neuen Fassung von Reichsgesetzen auf Grund vorangegangener Novellen, z. B. der neuen Fassung der Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883; nur daß man im Jahr 1621 in sachlicher Beziehung den Text des jetzt neuabgedruckten Gesetzes nicht änderte, sondern sich begnügte, auf die angehängten Novellen zu verweisen (s. auch Griesinger K. I S. 28 f.). In beiden Fällen ist der Abdruck des alten Textes kein neuer Gesetzgebungsakt.

1) Dadurch, daß Reyscher, Württ. Pr.R. § 453 N. 13 nur die

Auf diesen engen Zusammenhang, der hiernach zwischen dem I—III. Landrecht und den Landesordnungen, bezw. den Reichspolizeiordnungen in der vorliegenden Lehre besteht, haben bereits Plebst und seine sämtlichen Nachfolger in der Bearbeitung des Landrechts und der Landesordnung, insbesondere Besold, Harpprecht und Lauterbach an den a. O. O. hingewiesen.

IV. Damit dürfte die bisherige Auslegung unseres Partikularrechts der neuesten Anfechtung gegenüber gerechtfertigt sein. Auch die Gesindeordnung für die Residenzstadt Stuttgart vom 27. Oktober 1819 kann an diesem Resultate nichts ändern. Denn abgesehen von ihrer räumlich beschränkten Geltung ist dieselbe nach Emanierung der Verfassung im Weg der K. Verordnung erlassen und hat daher den angeführten württ. Gesetzen gegenüber keine derogatorische Kraft. Sie nimmt auch eine solche nicht in Anspruch, will vielmehr nur das Verfahren vor den Polizeibehörden regeln (§ 104) und zu diesem Behufe eine Zusammenstellung der bereits in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen, aber keine neue Rechtsnorm geben, wie in den Eingangsworten ausdrücklich hervorgehoben ist. Soweit daher der Inhalt des § 97 derselben mit den Landesgesetzen nicht übereinstimmt, ist er von den Gerichten nicht zu beachten: und wenn das Landgericht Rottweil bemerkt, diese Gesindeordnung beweise jedenfalls, welche Auffassung im Jahr 1819 „an maßgebender Stelle“ über die Bestimmung des Landrechts geherrscht habe, so ist hiergegen zu erinnern, daß für den Richter eben nur das Gesetz maßgebend ist.

V. Durch die neuen Prozeßgesetze ist an den Bestimmungen des Landrechts und der Landesordnung nur wenig geändert worden:

Macht der Dienstherr von seinem Rechte der Selbstbefriedigung durch Zurückbehalten des Lohns Gebrauch, so kommt

Landesordnung und nicht zugleich das Landrecht berücksichtigte, ließ sich derselbe zu der von Lang a. a. O. gerügten unrichtigen Auffassung bestimmen, daß nämlich der Dienstherr, auch wenn er auf der Leistung der Dienste beharre, den Dienstleuten keinen Lohn zu bezahlen habe.

es zunächst nicht zum Prozeß. Klagt dagegen der Dienstherr unter den Voraussetzungen des gemeinen Civilrechts von Anfang an auf das Interesse, so gilt bezüglich der Vollstreckung des auf Geld lautenden Urteils nichts besonderes. Wird dagegen die Klage auf Leistung der Dienste gerichtet, so ist, wie schon nach dem Landrecht (s. o.), der Beklagte, wenn die Klage begründet ist, zur Leistung der Dienste selbst zu verurteilen. Bezüglich der Vollstreckung eines solchen Urteils ist dann zu zu unterscheiden. Können die Dienste ohne Aenderung ihrer Beschaffenheit in gleicher Weise durch einen Dritten geleistet werden, was z. B. bei den Arbeiten von Taglöhnern, Bau- und Fabrikarbeitern der Fall sein kann, so ist der Dienstherr berechtigt, nach Maßgabe des § 773 der C.P.O. auf Kosten des Schuldners andere Arbeiter für diejenige Thätigkeit anzustellen, auf welche das Urteil lautet. Kann dagegen die Leistung der Dienste ohne Aenderung des wesentlichen Inhalts der Obligation nicht durch einen Dritten vorgenommen werden, so ist, wenn dieselbe ausschließlich vom Schuldner abhängt, nach § 774 zu verfahren. Für die Frage, ob die Dienste vertretbar sind, ist übrigens nicht, wie die Motive zu §§ 773 und 774 der C.P.O. annehmen, das Civilrecht maßgebend, (soweit nicht, wie bei der Seemannsordnung vom 27. Dez. 1872 § 29, eine reichsrechtliche Norm (E.G.C.P.O. § 13) in Frage kommt), sondern nur die C.P.O., m. a. W. die objektive Beschaffenheit der den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildenden Dienste. Hiernach, also nicht auf Grund der partikularrechtlichen Gesindeordnungen, wie nach den Motiven die meisten Kommentare zur C.P.O. annehmen, wird allerdings bei dem Dienstverhältnisse des Gesindes regelmäßig die Voraussetzung des § 774 vorliegen. Jedoch kann in einem solchen Fall auch der § 775 anwendbar sein, wenn nämlich der kontraktbrüchige Arbeiter oder Dienstbote in fremde Dienste eingetreten und Klage und Urteil auf die Unterlassung der Dienstleistung bei dem Dritten gerichtet war [1]).

1) S. Landes-O. a. a. O. und die E. des O.L.G. Stuttgart in Seuff. Arch. B. 43. S. 114.

Uebrigens dürfte die in der Natur der Sache liegende Weitläufigkeit und Kostspieligkeit des in einem solchen Fall gegenüber dem kontraktbrüchigen Arbeiter oder Dienstboten einzuhaltenden, meistens ergebnislosen Vollstreckungsverfahrens beweisen, wie zweckmäßig und den Verhältnissen des täglichen Lebens angepaßt die Bestimmung des Landrechts und der Landesordnung über das Recht der Zurückbehaltung des Lohnes ist, eine Bestimmung, welche im 16. Jahrhundert zu einer Zeit erlassen wurde, wo die Arbeitseinstellungen, überhaupt der Kontraktbruch bei allen Arten von Arbeitern, einschließlich des Gesindes, den Gegenstand allgemeiner Klagen bildeten und das angeführte Einschreiten der Reichs- und Territorialgewalt veranlaßt hatten.

XV.

Die Haftung des Gläubigers gegenüber dem Selbstschuldnerbürgen für Versäumnisse in der Ausklagung des Hauptschuldners.

Von
Herrn Landgerichtspräsidenten von Probst, Ellwangen.

1) Die Bürgschaft kann bekanntlich in einer leichtern und in einer strengern Form eingegangen werden. Bei der ersteren, der Schadlosbürgschaft, wird für die Befriedigung der Forderung des Gläubigers nur so weit eingestanden, als der Gläubiger nicht bei dem Hauptschuldner zum Zuge kommen kann, der Bürge kann von dem Gläubiger die Vorausklagung des Hauptschuldners verlangen, und es ist nach dem Satze: damnum sentire non videtur, qui sua culpa sentit, soweit der Gläubiger schuldhaft eine Befriedigung bei dem Hauptschuldner versäumt hat, ein Fall der Schadloshaltung nicht vorhanden, der Bürge also seiner Verpflichtung entledigt. Die strengere Form, bei welcher der Bürge als Selbstschuldner eingetreten ist, oder sonst auf die Vorausklage des Schuldners verzichtet hat, er-

mächtigt den Gläubiger, den Bürgen von Anfang an wie den Hauptschuldner und statt desselben einzuklagen. Der Angriff des Bürgen ist hier von irgend einem dem Hauptschuldner gegenüber einzuhaltenden Benehmen nicht abhängig, der Bürge hat ihn dieser Sorge, indem er sich in gleicher Weise mit dem Hauptschuldner haftbar erklärt, vertragsmäßig entbunden.

Beide Bürgschaftsformen sind im geltenden gemeinen Rechte rezipiert. Die zweite derselben ist die historisch ursprüngliche und die im Verkehrsleben vorherrschende Art der Verbürgung. Im Pandektenrechte bildet sie die Regel, die Indemnitätsbürgschaft setzt besondere hierauf gerichtete Verabredung voraus. Erst durch die Vorschrift der Nov. 4 wurde das Verhältnis umgekehrt und die leichtere Form zur gesetzlichen Regel erklärt. Uebrigens ist die strengere Form in ihrem wirtschaftlichen Werte für den Personalkredit demjenigen der leichteren Form ohne Zweifel voranzustellen, da eine Ueberwachung der Verhältnisse des Hauptschuldners für den Kreditgeber durch die Umstände nicht selten erschwert ist [1]), die Grenzen der zu beobachtenden Sorgfalt dehnbar sind und sich an diesen Punkt erfahrungsgemäß die Einwendungen des Bürgen, welche die Liquidität der Bürgschaftshaftung und ebendamit den Wert der Sicherheit beeinträchtigen, vorzugsweise anhängen.

Während sich nun eine Behauptung nirgends findet, daß diese strengere Bürgschaftsform gesetzlich untersagt, etwa aus

1) Im allgemeinen wird sich wohl in unserer Zeit der Kapitalansammlung und der Kreditinstitute behaupten lassen, daß der Bürge, welcher ja doch regelmäßig ein Bekannter oder Verwandter des Hauptschuldners ist, dem letzteren näher steht und daher besser befähigt ist, mit dessen Verhältnissen sich auf dem Laufenden zu erhalten, als der Gläubiger. Die Uebertragung der Ueberwachung des Hauptschuldners auf den Bürgen (welcher, wenn er gegen Klagabtretung den Gläubiger befriedigt, die rechtzeitige Ausklagung desselben von sich aus bewirken kann) dürfte daher schon aus diesem Grunde in vielen Fällen den Verhältnissen allein entsprechen. Nicht nur das deutsche H.G.B. (Art. 281 Abs. 2), sondern auch das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch (§ 1355) und der code civil (Art. 2023) haben die Rechtswohlthat der Vorausklage im gemeinrechtlichen Sinne überhaupt bei jeder Bürgschaft ausgeschlossen.

rechtspolitischen Gründen für unstatthaft erklärt sei, ist gleichwohl eine Rechtsansicht aufgetaucht, wonach auf dem indirekten Wege der dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthat der Klagabtretung das Element der Verantwortlichkeit des Gläubigers für die rechtzeitige Ausklagung des Hauptschuldners in die strengere Bürgschaftsform hereingebracht und diese wesentlich wieder auf das Niveau bloßer Schadlosbürgschaft herabgedrückt wird. Wenn nämlich jener Rechtswohlthat die Bedeutung zukommt, daß der Gläubiger dem zahlenden Bürgen die Klage gegen den Hauptschuldner (oder gegen die Mitbürgen) nicht bloß zu zedieren hat, so wie er sie hat, sondern für deren Erhaltung oder gar für deren Wirksamkeit, d. h. für die Bewahrung ihres vollen zur Zeit der Bürgschaftsübernahme vorhandenen Exekutionswertes verantwortlich ist, so ist der Gläubiger denjenigen Schwierigkeiten und Einreden, welchen er durch Verabredung der strengeren Bürgschaftsform entgehen wollte, gleichwohl ausgesetzt.

Die Anhänger dieser Rechtsansicht würden nur konsequent handeln, wenn sie den Bestand einer strengeren Bürgschaftsform seit Zulassung der (übrigens schon dem Pandektenrechte angehörigen) Einrede der Klagenabtretung überhaupt verneinen, oder wenigstens den Verzicht des Bürgen auf die Vorausklage des Hauptschuldners ohne einen gleichzeitigen Verzicht auf die Einrede der Klagenabtretung für rechtlich wirkungslos erklären würden.

2) Indessen scheint die Bedeutung, welche der Rechtswohlthat der Klagenabtretung hienach beigemessen wird, in dieser Weise nicht haltbar zu sein.

Hat der Gläubiger auf die Klage gegen den Hauptschuldner verzichtet oder gegen dieselbe eine Einrede erwachsen lassen, so kann auch der Bürge nicht mehr mit Erfolg belangt werden. Zur Erklärung dessen bedarf es aber nicht der Berufung auf die Rechtswohlthat der Klagenzession, sondern jener Erfolg ist direkt eine Wirkung der accessorischen Natur der Bürgschaft.

Hat der Gläubiger auf Pfandrechte verzichtet, durch welche seine Forderung neben der Bürgschaft gesichert war, oder Mit-

bürgen ihrer Haftung entlassen, so kann dadurch dem Bürgen eine Einrede entstehen, nämlich alsdann, wenn das Bewußtsein einer geteilten Haftung für die Eingehung der Bürgschaft bestimmend war und dieser Bestimmungsgrund dem Gläubiger als eine Voraussetzung des Bürgschaftsvertrags erkennbar geworden ist. Ist das Pfandrecht oder die Mitbürgschaft zeitlich erst nach der Uebernahme der Bürgschaft als weitere Sicherheit hinzugetreten, so wird eine solche Voraussetzung nicht leicht zutreffen, ausgenommen es wäre schon bei der Bürgschaftsübernahme von den weiteren Sicherheitsbestellungen die Rede geworden und die Zustandekunft derselben vorausgesetzt gewesen. Auch wenn die weiteren Sicherheiten bei der Bürgschaftsleistung bereits bestanden, kann der Fall so geartet sein, daß sie unabhängig von denselben übernommen worden ist, z. B. wenn der Bürge dieselben gar nicht kannte, in welchem Falle der Gläubiger die weiteren Sicherheiten ohne Präjudiz gegenüber dem Bürgen muß freigeben können. Immerhin mag man, wie dieses meistenteils geschieht [1]), eine faktische Vermutung dafür aufstellen, daß, wenn zur Zeit der Bürgschaftseingehung bereits Sicherheiten durch Pfänder und Bürgen für die Forderung bestellt waren, oder gleichzeitig bestellt wurden, das Geschäft unter Verlaß auf diese weiteren das Risiko der Bürgschaft ermäßigenden Garantien geschlossen worden sei. Aber es richtet sich auch hier die Befreiung des Bürgen nach anderen Rücksichten, als denjenigen der Rechtswohlthat der Klagenabtretung, nämlich nach der Lehre von der Voraussetzung [2]). Die Herbeiziehung der Einrede der Klagenabtretung kann hier, insoferne sie von der Individualisierung der Fälle ablenkt, nur verwirrenden Einfluß üben.

---

1) Z. vergl. württ. Obertrib. in Seuff. Arch. Bd. 7 Nr. 311. 312.

2) Z. vergl. Knorr im civilist. Arch. Bd. 28 S. 170, 171 Ziff. 4. 5. S. 175—177 und Württ. Obertribunal bei Seuff. Arch. Bd 7 Nr. 311, wo der richtige Standpunkt eingenommen ist. Gleichwohl wird die Frage gewöhnlich unter dem einseitigen Gesichtspunkte der Klagenabtretung behandelt: Württ. Arch Bd. 9 S. 215. 237. Tafel Civ.-Rechtsspr. V S. 102. 103. Seuff. Archiv Bd. 20 N. 36.

Uebrigens soll diese Frage hier nicht weiter verfolgt werden. Will man nämlich auch in der fraglichen Richtung einen Fall der peremtorischen Wirksamkeit der Einrede der Klagenabtretung statuieren, so ist doch der Kreis dieser peremtorischen Wirkung mit diesem Gebiete abgeschlossen, und die Einrede hat außerdem eine bloß dilatorische Bedeutung, welche den Erfolg der Klage so lange aufschiebt, bis der Gläubiger diejenigen Klagerechte gegen Hauptschuldner, Pfandbesitzer und Mitbürgen abtritt, welche er zur Zeit der Klagenabtretung hat. Von einer Haftung für Verität und Bonität, für einen bestimmten Exekutionswert der abgetretenen Klagerechte ist keine Rede. Der Grund der Einrede besteht nicht in einer in der Vergangenheit liegenden Säumnis oder Verschuldung des Gläubigers, sondern darin, daß es chikanös ist, dem Verlangen des um Befriedigung angegangenen Bürgen, dessen Erfüllung diesem nützlich und dem Gläubiger unschädlich ist, sich zu entziehen. Das Benefizium ist, wie das Reichsoberhandelsgericht [1]) sich bezeichnend ausgedrückt hat, „eine vom Gesetz zur Pflicht erhobene Gefälligkeit".

Es ist nicht in der Aufgabe dieser Zeilen begriffen, die Gründe dieser Auffassung, welche aus den Rechtsquellen und rechtspolitischen Entstehungsgründen des fraglichen Rechtsbehelfes geschöpft sind, hier wiederzugeben. Es genügt zu bemerken, daß seit der Ausführung Mühlenbruchs [2]) und den mit derselben zusammenstimmenden Nachweisen der beiden Monographisten in unsrer Lehre Girtanner [3]) und Hasenbalg [4]) die allerdings schon sehr alte, ohne Zweifel durch eine humanitäre Rücksichtnahme auf das Schicksal des Bürgen getragene gegenteilige Auffassung zum Stillstande gekommen ist, daß eine Ansicht, wonach die Pflicht der Klagenabtretung ein Element der Verantwortung für die Bewahrung wirksamer Regreßrechte in sich schließen soll, seither keine theoretische Vertretung mehr

1) Entsch. 19 S. 383 (Seuff. Archiv Bd. 32 N. 138).
2) Cession 3. Aufl. S. 435 ff.
3) Bürgschaft S. 468—474, 533—540.
4) Bürgschaft S. 401 ff.

gefunden hat [1]), daß nur in der Praxis der Gerichte, und insbesondere in gedruckten und ungedruckten Entscheidungen der württemb. Gerichte an jener Anschauung noch festgehalten wird [2]), daß aber auch hier in der Vertretung der neuen Auffassung das Reichsoberhandelsgericht mit Entschiedenheit vorangegangen ist [3]).

Der Stand der Kontroverse scheint dahin vorgerückt zu sein, daß, wer die Verantwortlichkeit des Gläubigers für culpa in exigendo debitore principali dem Selbstschuldnerbürgen gegenüber aus Rücksichten der ihm obliegenden Pflicht der Klagenabtretung festhalten will, sich hiefür nicht mehr einfach auf eine Praxis berufen und die Fortschritte der Doktrin ignorieren kann, sondern — soferne es sich ja doch nur um Gesetzesauslegung und nicht um Gewohnheitsrecht handelt — sich auf eine Widerlegung der Resultate der heutigen Rechtswissenschaft einlassen muß.

3) Im Folgenden sollen im Hinblick auf die Praxis der württ. Gerichte einige besondere in dieser Frage hervorgetretene Gesichtspunkte gewürdigt werden.

Daß derjenige Bürge, welcher sich als Selbstschuldner verpflichtet und damit auf die Rechtswohlthat der Vorausklage verzichtet hat, keine Einwendung wegen der Nachlässigkeit des Gläubigers in der Ausklagung des Hauptschuldners erheben kann, wird in den Entscheidungen der württemb. Gerichte regelmäßig nicht beanstandet [4]). Allein es wird auch bei der Selbstschuldnerbürgschaft der Einrede der Klagenabtretung insoferne eine zerstörliche Wirkung beigemessen, als der Bürge dar-

1) Z. vergl. Sintenis Civ.R. II. S. 832, Holzschuher Th. u. Kas. 2. Aufl. Bd. 3 S. 907 zu 10, Vangerow. Leitf. II § 578 Anm. 4.

2) Die letzte gedruckte Entscheidung des württ. O.Trib. findet sich Württ. Arch Bd. 15 S. 162 (vom Jahr 1871). Außerdem kommt eine Entscheidung des preuß O.Trib. in Betracht vom Jahr 1875 bei Seuff. Arch Bd. 31 N. 33, welche sich für die befolgte Ansicht auf die „herrschende Lehre und Praxis" beruft.

3) In der Note S. 243 Nr. 1 citierten Entscheidung.

4) Z. vergl. Sarwey Mtschr. Bd. 19 S. 297. Württ Arch. Bd. 15 S. 162.

zuthun vermöge, daß den Gläubiger der Vorwurf einer von ihm durch eigene Nachlässigkeit verschuldeten Unmöglichkeit der Abtretung wirksamer Klagerechte treffe. Relevant sei die Einrede des Bürgen, gestützt auf sein Recht der Klagenabtretung, sofern er „solche Thatsachen behaupte und beweise, welche die Anborgung der Hauptschuld über den festgesetzten Zahlungstermin hinaus als eine Nachlässigkeit des Gläubigers erscheinen lasse".

Der erste und letzte dieser Sätze scheint nun aber in einem nicht zu lösenden Widerspruch zu stehen. Derselbe Gläubiger soll demselben Bürgen gegenüber der Haftung wegen culpa in exigendo deb. principali entbunden und doch wiederum nicht entbunden sein. Ist eine autonomische Disposition der Beteiligten, wonach sich der Bürge mit dem Hauptschuldner auf gleiche Linie stellt und damit den Gläubiger der Verantwortung und Sorge für die rechtzeitige Ausklagung des Hauptschuldners entbindet, rechtlich statthaft, — und diese Statthaftigkeit wird ja nicht beanstandet — so muß der Inhalt dieser Vertragsabrede auch auf die Beurteilung der Rechtswohlthat der Klagenabtretung fortwirken, weil durch dieselbe die Verantwortung der Beteiligten in Absicht auf die vereinbarte Bürgschaft allgemein und ein für allemal, mithin auch für die Frage der Klagenabtretung reguliert ist.

Gewiß mit allem Grunde wurde dieses in einer älteren (von dem Präsidenten von Kübel verfaßten) Entscheidung des Obertribunals [1]) im Anschlusse an Vangerow [2]) mit den Worten anerkannt: „Es fällt hier (bei der Selbstschuldnerbürgschaft) selbst der Begriff einer Verschuldung gänzlich hinweg, da der Gläubiger von Anfang an sich ausschließlich an den Bürgen zu halten berechtigt ist und sich daher um den Hauptschuldner und die Sicherung der Ansprüche gegen diesen nichts zu bekümmern hat". Soweit aber eine Verschuldung des Gläubigers **begrifflich** nicht möglich ist, kann sie auch nicht für

1) Sarwey Mtschr. Bd. 19 S. 299 (Seuff. Arch. B. 7 N. 312).

2) Leitf. II § 578 Anmkg. 4.



die Bewahrung der Klagerechte gegen den Hauptschuldner statuiert werden. Vielleicht darf die ganze Aufstellung auf einer Verwechslung des juristischen Begriffes der Nachlässigkeit mit dem ökonomischen und moralischen Begriffe des Wortes zurückgeführt werden. Die Nachlässigkeit — culpa im Gegensatz zu dolus — bildet eine Quelle der Rechtserzeugung, abgesehen von dem hieher nicht in Betracht kommenden Gebiete des Aquilischen Gesetzes, nur da und soweit, als der Schuldige mit einem Andern in ein obligatorisches Verhältnis getreten ist, welches ihn zu Unterlassung von Nachlässigkeit und Einhaltung von Sorgfalt verpflichtet. Wo dieses nicht der Fall ist und Jemand in der Verwaltung seiner Vermögensangelegenheiten die Regel der Ordnungsliebe, der Sparsamkeit, der Rücksichttragung für Andere ausser Augen setzt, kann er zwar im populären und moralischen Sinn als nachlässig bezeichnet werden, aber er ist es im juristischen und privatrechtlichen Sinne nicht, weil niemand gegen ihn ein Recht auf ein anderes Verhalten hat und er sich innerhalb der seiner Freiheit anheimgestellten Sphäre keiner rechtlichen Verantwortung aussetzt.

Man kann auch nicht etwa sagen, wie neuerdings in den Entscheidungsgründen eines Landgerichts bemerkt worden ist, daß es die im heutigen Rechte bei allen Verträgen einzuhaltende Pflicht von Treu und Glauben mit sich bringe, daß der Gläubiger in Beziehung auf den Bürgschaftsvertrag jede Schädigung des Mitkontrahenten vermeide und aus diesem Grunde eine Säumnis gegenüber dem Hauptschuldner unterlasse. Dies wäre nur gerechtfertigt, wenn der Gläubiger in chikanöser Absichtlichkeit zum Schaden des Bürgen handeln würde. Wenn sich der Bürge in gleicher Reihe mit dem Hauptschuldner verbindlich erklärt hat, und damit der Begriff der schuldhaften Säumigkeit in Ausklagung des Hauptschuldners für das Rechtsverhältnis des Gläubigers zum Bürgen aufgehoben ist, so ist in der diesfallsigen Sorglosigkeit des Gläubigers kein Verstoß gegen die bona fides zu denken [1]). Die Wachsamkeit ist als-

1) Daher sagt die auf die strenge Bürgschaftsform des Pandektenrechts bezügliche L. 62 D. d. fidej. 46. 1: Si fidejussor creditori de-

dann die Sache des Bürgen, welcher, wenn Gefahr droht, sich gegen Befriedigung des Gläubigers jederzeit dessen Klagen abtreten lassen und auf diesem Wege rechtzeitig gegen den Hauptschuldner klagen kann. Nur das pactum de dolo non praestando, nicht aber eine derartige Austeilung der Wachsamkeit gegenüber dem Hauptschuldner streitet gegen die bona fides und die Bewegung innerhalb der vertragsmäßig ausbedungenen Rechtszuständigkeit kann niemals den Vorwurf des rechtswidrigen Verhaltens begründen.

4) Die in Rede stehende Frage ist in den zu Gunsten der Bürgen entschiedenen Fällen durchgängig in der Gestalt vorgekommen, daß der Hauptschuldner in Gant geraten und durch denselben der Grad der Beschädigung des Bürgen festgestellt worden war.

Es kann aber ein zurechenbares Versäumnis des Gläubigers und ein schädlicher Erfolg derselben ebensogut in dem Falle vorkommen, wo die ganze oder verhältnismäßige Insolvenz des Hauptschuldners zwar vorhanden, aber noch nicht durch ein außerhalb des Bürgschaftsprozesses eingeleitetes Verfahren zur Evidenz gelangt ist. Wie soll nun der Selbstschuldnerbürge in letzterem Falle seine ihm wegen Verschlechterung der abzutretenden Klagerechte zugedachte Einrede zur Geltung bringen? Gibt es ein Mittel, sie zur Geltung zu bringen, außer in der Form der Einrede der Vorausklage des Hauptschuldners? Will man diese Einrede auch demjenigen Bürgen geben, welcher ausdrücklich auf dieselbe verzichtet hat? Oder will man vielmehr den Bürgen in diesem Falle mit seiner Einrede zurückweisen, bloß weil es der Zufall so gewollt oder es dem Gläubiger so beliebt hat, ihn zu verklagen, ohne daß die Insolvenz des Hauptschuldners bereits anderswie konstatiert war?

Der Fall kommt schon jetzt nicht selten in der bezeichneten Gestalt vor, und wird künftig häufiger, vielleicht regelmäßig so vorkommen bei der Abnahme der Konkurse infolge der neuen

---

nunciavit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit: an possit eum fidejussor doli mali exceptione summovere? Respondit: non posse.

Prozeßordnungen. Darüber aber wird kein Zweifel sein können, daß in solchem Falle der Erweis der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder des Grades derselben anders, als durch die Probe der Ausklagung nicht geführt werden kann, wobei die Ausklagung durch den Gläubiger selbst zwar durch die Ergebnisse eines von dritter Seite erfolgten, der Klage gegen den Bürgen nahe vorangegangenen Vermögensangriffs, aber nicht durch eine anderweite Beweisführung ersetzt werden kann. Denn ein Beweisantritt des Bürgen, direkt gerichtet auf die Vermögensunzulänglichkeit oder die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder des Grades derselben etwa mittelst einer auf der Kombination des Augenscheins und des Sachverständigenbeweises beruhenden Vermögensuntersuchung, wie er in solchen und ähnlichen Fällen versucht worden ist, kann keine Beachtung finden, weil abgesehen von den Bedenken gegen die Statthaftigkeit eines solchen Antrags [1]) in diesem Wege nichts darüber zu konstatieren wäre, daß der Hauptschuldner nicht die Heimzahlung der Schuldigkeit, wenn er darum belangt würde, trotz der Insuffizienz seiner Aktiven zu Bestreitung sämtlicher Passiven, aus dem Aktivstande oder durch Inanspruchnahme seines Kredits bewerkstelligen könnte und würde. Mit gutem Grunde und in der Erkenntnis, daß die Frage, ob der Gläubiger bei dem Hauptschuldner zur Befriedigung kommen kann, in anderem Wege, als durch den praktischen Versuch zu einer wirklichen Lösung nicht zu führen ist, hat das römische Recht die Rechtswohlthat des Bürgen, nur dann zu zahlen, wenn der Gläubiger bei dem Hauptschuldner keine Befriedigung finden kann, auf die Ausklagung des Hauptschuldners durch den Gläubiger und nicht auf den Beweis der Solvenz desselben gestellt.

Sohin wird sich die Kollision der bekämpften Rechtsansicht mit dem Verzichte auf die Vorausklage auch aus dieser Seite der Sache ergeben.

5) Schließlich mag auch noch der hieher einschlagenden Landrechtsstelle II. Tit. 5 § 9 Erwähnung geschehen.

1) Zu vergl. Württ. Arch. Bd. 8 S. 142, Bd. 9 S. 450.

Indem sie die Frage behandelt, ob der Bürge von seiner Verpflichtung befreit werde, wenn der Gläubiger ohne seine Zustimmung dem Hauptschuldner über den bei dem Vertragsabschluß bestimmten Zahlungstermin hinaus weitere Borgfrist erteilt hat und der Hauptschuldner in dieser Fristung zu Unfall kommt, und diese Frage verneint, den Bürgen vielmehr in solchem Falle nur von den nach dem ursprünglichen Zahlungstermin aufgelaufenen Zinsen und Kosten freispricht, bereitet sie damit jener Ansicht von der Verantwortung des Gläubigers für die Säumigkeit dem Hauptschuldner gegenüber einige Schwierigkeit. Für die Auslegung, daß die Gesetzesstelle auch die im Bewußtsein der Gefahr oder in Gleichgültigkeit gegen dieselbe erfolgte, mithin auch die schuldhafte Verzögerung der Ausklagung des Hauptschuldners im Auge habe, könnte der allgemeine Wortlaut der Stelle und die Erwägung zu sprechen scheinen, daß derjenige, welcher durch eine die vertragsmäßige Kreditgebung überschreitende Anborgung das Schicksal der verbürgten Forderung aus freien Stücken weiteren Zufällen überantwortet, für den eintretenden Verlust verantwortlich zu machen und zwar nach den Grundsätzen vom casus mixtus selbst dann verantwortlich zu machen ist, wenn er den Rückgang der Vermögensumstände des Hauptschuldners nicht vorausgesehen hat und nicht hat voraussehen können.

Hiemit würde aber die Stelle für die einfache Bürgschaft, welche sie zunächst im Auge hat [1]), eine mit dem gemeinen Rechte in Widerspruch stehende Tragweite erhalten. Es würde das Institut der Schadlosbürgschaft in seiner Eigentümlichkeit, wonach die Haftung des Bürgen aufhört, wenn der Verlust des Gläubigers bei dem Hauptschuldner einer eigenen schuldhaften Zögerung des Gläubigers zuzuschreiben ist, für das württemb. Recht aufgehoben sein. Eine solche Absicht der Stelle läßt sich aber weder aus den Quellen des Gesetzes, noch aus der zur Zeit des dritten Landrechts herrschenden Doktrin herleiten [2]).

1) S. unten Note auf S. 250.

2) In der Haug'schen Relation, welche hieher als Auslegungsquelle

Es läßt sich daher einer Auslegung, wie sie das Obertribunal in der im 15. Bd. des Württ. Arch. (S. 162) mitgeteilten Entscheidung vom Jahr 1871 aufgestellt und die württemb. Gerichtspraxis bis daher angenommen hat, daß nämlich durch diese Gesetzesbestimmung die Entbindung des Bürgen von seiner Verpflichtung wegen Anborgung der Hauptschuld über den ursprünglichen Verfalltermin hinaus ohne Wissen des Bürgen nicht überhaupt d. h. ohne Rücksicht auf eine dem Gläubiger hiebei zur Last fallende besondere Verschuldung ausgeschlossen, sondern nur ausgesprochen werden wollte, daß der Gläubiger nicht schon durch jene Anborgung allein seines Anspruchs an den Bürgen verlustig gehe, nicht entgegentreten.

Für die Selbstschuldnerbürgschaft ist, wo es am Begriffe einer Verschuldung fehlt, die in der Auslegung der Stelle gemachte Unterscheidung objektlos, die Stelle also für diese Bürgschaftsform überhaupt ohne Belang. Haug scheint auch bei der fraglichen Gesetzesbestimmung nur die gewöhnliche, nicht die Selbstschuldnerbürgschaft im Auge gehabt zu haben, da er nach Inhalt seiner Relation die Freilassung des Bürgen von der Haftung für Zinsen und Kosten, welche die Stelle anordnet, nicht auch auf den Selbstschuldnerbürgen bezogen wissen will [1]).

dienen kann, weil der ganze Landrechtstitel „von Bürgen" erst im dritten Landrechte neu eingeschaltet worden ist und die fragliche Stelle dem Entwurfe Haugs entspricht, sind die Schriftsteller der damaligen Zeit aufgeführt, welche für oder gegen die Ansicht von der Befreiung des Bürgen in dem vorwürfigen Fall Partei genommen haben. Keiner derselben geht aber so weit, auch bei der Indemnitätsbürgschaft den vom Gläubiger durch seine Zögerung bei dem Hauptschuldner verschuldeten Ausfall allgemein für einflußlos zu erklären. Auch Matthias Colerus de processibus executivis nicht, auf welchen Haug seine Meinung in erster Reihe stützt, z. vrgl. P. 1 cap. 10 § 450. 451.

1) Die Stelle lautet: Tamen fidejussor post terminum vel finem decursae primae solutionis non tenetur in plus, quam se obligavit et non ad usuras vel aliquid aliud, quod ob moram rei principalis ex intervallo primam obligationem auxit ..., nisi in omnem causam fidejusserit, ad instar principalis.

Litterarische Anzeige.

Hegler, die Grundzüge des bürgerlichen Verfahrens in Württemberg. Zweite Auflage, bearbeitet von **C. Lämmert**, Landgerichtsrat in Ulm. Stuttgart, Verlag von W. Kohlhammer. 1888.

Unter den mehreren kleinen Werken, mit welchen sich der verstorbene Landgerichtsrat Hegler seinerzeit um eine rasche Orientierung des württembergischen Praktikers in der neuen Justizgesetzgebung verdient gemacht hatte, hat die unter vorstehendem Titel im Jahr 1880 erschienene, durch den Unterrichtskurs für Notariatskandidaten veranlaßte Schrift nunmehr eine Umarbeitung erfahren, welche überall da willkommen sein wird, wo das Bedürfnis nach einer gedrängten, dem Verständnis des Nichtjuristen zugänglichen Darstellung des gesamten Civilprozeßrechts sich geltend macht. Uebrigens ist diese zweite, sehr erheblich vermehrte Auflage, in deren Bearbeitung der Verfasser sich größtenteils volle Selbstständigkeit gewahrt hat, durchaus geeignet, auch im Kreise der Juristen sich Freunde zu erwerben. Denn die systematische Wiedergabe des reichhaltigen, aus Reichs- und Landesgesetzen gleichmäßig geschöpften Stoffs zeichnet sich nicht bloß durch die aus der ersten Auflage übernommene Uebersichtlichkeit, sondern auch, trotz der gebotenen Begrenzung des Umfangs, durch eine Gründlichkeit aus, welche neben einer Erörterung der eigentlichen Grundzüge da und dort ein Eingehen auf Einzel- und Streitfragen umfaßt und daher auch Wünsche des rechtsgelehrten Praktikers nicht unbefriedigt läßt. Hervorzuheben ist die ausführliche Behandlung des Zwangsvollstreckungsverfahrens, welche ein Dritteil der

280 Seiten einnimmt, und wobei der Landesgesetzgebung einschließlich der Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung wegen öffentlich rechtlicher Ansprüche gebührende Beachtung geschenkt ist. Diese und andere Teile des Buchs lassen dasselbe für seinen nächsten Zweck, die Grundlage einer Anleitung künftiger Funktionäre der Gerichtsschreiberei und freiwilligen Gerichtsbarkeit zu bilden, als besonders brauchbar erscheinen, aber auch im übrigen kann die Schrift, deren äußere Ausstattung gleichfalls lobenswert ist, einer wohlwollenden Aufnahme empfohlen werden.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

10.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Dieselbe ist unzulässig gegen einen mit unbekannten Aufenthalt abwesenden Ehegatten.

Die Ehefrau des Klägers hat sich von diesem entfernt und es ist nicht bekannt geworden, wohin sie sich begeben hat. Der Ehemann klagt auf Herstellung des ehelichen Lebens. Die Klage konnte nur durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt werden. Dieselbe wurde abgewiesen.

Gründe:

Die Klage ist deshalb abzuweisen, weil nach dem eigenen Vorbringen des Klägers der Aufenthaltsort der Beklagten unbekannt ist.

Ist nämlich der Aufenthaltsort des deserierenden Ehegatten unbekannt, oder zwar bekannt, aber der Obrigkeit, welche ihn zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten hat, nicht erreichbar, so findet gegen denselben ein anderes Verfahren statt, als dasjenige ist, welches einem solchen gegenüber Platz greift, dessen Aufenthaltsort bekannt und der der Obrigkeit erreichbar ist [1]. Im ersteren Falle findet die Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung (Desertionsklage) statt, welche weiter erfordert, daß sich der deserierende Ehegatte mit der Absicht, die Ehe aufzulösen, entfernt hat.

1) Ehe-G.-O. II, 13 § 1. 4. 6 u. 7.

Im zweiten Falle greift der Quasidesertions-Prozeß Platz. Sieht man vorerst von der in dieser Beziehung durch das Ausführungsgesetz zum Reichsgesetz über den Personenstand getroffenen Aenderung ab, so war hiebei zunächst der Antrag, den getrennt lebenden Gatten zur Fortsetzung der Ehe anzuhalten, zu stellen, und es wurde beim Zutreffen dieses Antrags behufs Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens gegen den renitenten Ehegatten auf Zwangsgrade erkannt, bei deren Erfolglosigkeit dem verlassenen Ehegatten der Antrag auf Scheidung wegen Quasidesertion freigestellt war [1]).

Nach diesem letzteren Verfahren bildete somit der Antrag auf Fortsetzung der Ehe nicht den Gegenstand einer selbstständigen Klage, sondern eines die Scheidung wegen Quasidesertion vorbereitenden Verfahrens, und es erklärt sich die hiebei abweichend von der Desertionsklage erforderte Anwesenheit oder Erreichbarkeit des deserierenden Ehegatten dadurch, daß nur in diesem Falle die Möglichkeit, die anzudrohenden Zwangsmaßregeln gegen ihn zum Vollzug zu bringen, vorhanden war, während dieses Verfahren einem mit unbekanntem Aufenthaltsort abwesenden oder dem inländischen Richter nicht erreichbaren Ehegatten gegenüber bei der Unmöglichkeit des Zwangs zur Wiederherstellung des gestörten ehelichen Lebens nicht anwendbar war. Nach dem vor dem genannten Ausführungsgesetze geltenden Rechte konnte sonach gegen den deserierenden Ehegatten, dessen Aufenthaltsort unbekannt war, nur die Klage auf Scheidung wegen böslichen Verlassens angestellt und nicht der Quasidesertions-Prozeß eingeleitet werden.

An diesen Bestimmungen über den Quasidesertions-Prozeß wurde durch Art. 7 des Ausführungsgesetzes vom 8. August 1875 die Aenderung getroffen, daß die sogenannten Zwangsgrade aufgehoben und weiter bestimmt wurde, daß wenn ein Ehegatte mindestens Ein Jahr lang nach eingetretener Rechtskraft des Urteils, welches ihn zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt, die eheliche Gemeinschaft oder die eheliche

1) Ehe-G.-O. II, 13 § 1 u. 2.

Pflicht verweigert hat, der andere die Scheidung wegen Quasidesertion verlangen kann. Es ist somit an die Stelle der Zwangsgrade das den beklagten Teil zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtende Urteil in Verbindung mit dem Ablauf von mindestens Einem Jahr von dem Eintritt der Rechtskraft desselben gerechnet gesetzt werden, indem davon ausgegangen wird, daß die eine Scheidung wegen Quasidesertion rechtfertigende, hartnäckige Weigerung des renitenten Ehegatten, die Ehe fortzusetzen, wie früher durch die erfolglose Erstehung der Zwangsgrade, so nunmehr dadurch nachgewiesen sei, daß der letztere dem ihn zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisse während einer Bedenkfrist von mindestens Einem Jahr keine Folge leiste, im Gegenteil seine Weigerung fortsetze [1]).

Es stellt sich demgemäß nunmehr der Antrag auf Fortsetzung des ehelichen Lebens zwar als selbständige Klage dar, allein diese Klage fällt der Sache nach mit dem die Einleitung des Quasidesertionsverfahrens bildenden Antrag auf Fortsetzung der Ehe zusammen, hat ihre frühere Bedeutung, die Scheidung wegen Quasidesertion vorzubereiten, nicht verloren und bildet nach wie vor einen Bestandteil des Quasidesertions-Prozesses.

Eine Ausdehnung des letzteren auf den mit unbekanntem Aufenthalt abwesenden Ehegatten läßt sich aus der nunmehr an die Stelle der Zwangsgrade getretenen Art der Einwirkung auf den Willen des renitenten Ehegatten nicht ableiten, da, wie die Vollziehung der Zwangsgrade, so auch die Wirksamkeit der die Bedeutung eines Rückkehrbefehls in sich schließenden Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und der Gewährung einer einjährigen Bedenkzeit dem mit unbekanntem Aufenthaltsorte abwesenden Ehegatten gegenüber ausgeschlossen ist. Auch hätte diese Ausdehnung eine Erleichterung der Scheidung wegen böslichen Verlassens (Desertion) insoferne zur Folge, als diesfalls die bei letzterer geltenden Grundsätze über das zur

1) Vergleiche Art. 7 des gen. Gesetzes und Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten Beil. Bd. 1. Abt. 1 S. 166; Commissionsbericht zu Art. 7 daselbst S. 249 und zu Art. 5 daselbst S. 248.

Klagbegründung gehörige Erfordernis der Absicht des deserierenden Ehegatten, die Ehe aufzulösen (Ehe-G.-O. II, 13 § 6 und Ausführungsgesetz Art. 6), sowie des Nachweises vergeblicher Erkundigung nach dem Aufenthaltsort des Abwesenden keine Anwendung finden würden.

Es ist sonach durch das genannte Ausführungsgesetz an der Bestimmung, wornach die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegen den mit unbekanntem Aufenthaltsort abwesenden Ehegatten nicht Platz greift, keine Aenderung getroffen worden [1]), es ist daher diese Bestimmung im einheimischen protestantischen Eherechte in Geltung geblieben.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts v. 7. Oktbr. 1887 in Sachen B. c. B.

11.

Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht des Klagenden.

Hierüber wird in dem Urteil K. c. K. vom 21. Mai 1886 bemerkt:

Würde unzweifelhaft vorliegen, daß das Wiedervereinigungsverlangen des Klägers nicht ernstlich gemeint, sondern bloß vorgegeben sei, um hiedurch zur Scheidung der Ehe zu gelangen, so wäre allerdings der klägerische Antrag abzuweisen. Allein daß dies hier unzweifelhaft der Fall sei, kann nicht gesagt werden. (Wird weiter ausgeführt).

12.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht der Wiedervereinigung.

Der auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Klage des Ehemanns hat die beklagte Ehefrau die Einwendung entgegenhalten, dem Ehemann sei es nicht um Wiedervereinigung,

1) Auch zu vergl. württemb. Gerichtsblatt Bd. 14 S. 408 ff.

sondern um Trennung der Ehe zu thun. Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

Der Berufungskläger bestreitet die Annahme des vorigen Richters, daß es ihm mit seinem Verlangen, das eheliche Leben mit der Beklagten wieder herzustellen, nicht ernst sei, indem er eine Reihe von Umständen aufführt, welche ihm die Wiederherstellung des ehelichen Lebens teils aus persönlichen und pekuniären Gründen, teils im Interesse seiner Kinder wünschenswert machen. Man kann auch zugeben, daß die vom Berufungskläger angeführten Umstände an sich vollkommen geeignet wären, die Wiederherstellung des ehelichen Lebens für ihn wünschenswert zu machen; es kann aber daraus nicht entnommen werden, daß der Kläger infolge dieser bei jeder faktischen Trennung der Ehe mehr oder weniger zutreffenden Gründe wirklich und ernstlich den Willen hat, die Ehe mit der Beklagten fortzusetzen, weil das bisherige Verhalten des Klägers hiemit in Widerspruch steht.

Die Beklagte hat, wie in dem Thatbestand voriger Instanz festgestellt ist, schon im Jahr 1883 den Kläger infolge von ehelichen Zwistigkeiten verlassen, kehrte aber auf dessen Wunsch zu demselben wieder zurück. Es entstand aber bald wieder ein Zerwürfnis zwischen den Ehegatten, und die Ehefrau, welche behauptet, der Kläger habe nicht mehr zu Hause gegessen, und habe ihr kein Haushaltungsgeld gegeben, sah sich veranlaßt, auf Alimentation gegen ihren Ehemann zu klagen. Dieser Prozeß wurde durch einen vor dem Amtsgericht abgeschlossenen Vergleich erledigt, wobei der Kläger seine Einwilligung gab, daß seine Ehefrau mit dem jüngsten Kinde ihn verlasse, und sich verpflichtete, zu deren Alimentation monatlich 15 Mark zu zahlen. Es ergiebt sich aber aus dem über jene Verhandlung aufgenommenen Protokoll noch weiter, daß der Kläger damals die Fortsetzung der Lebensgemeinschaft verweigerte, und die Scheidung der Ehe verlangte, indem er seine Ehefrau des Ehebruchs bezüchtigte, und erklärte, daß er die Vaterschaft zu seinem jüngsten Kinde nicht anerkenne.

Im März 1885 erhob sodann der Kläger gegen die Beklagte eine Klage auf Ehescheidung wegen Verletzung der ehelichen Treue, wobei er wieder erklärte, daß er nicht der Vater des jüngsten Kindes sei. Diese Klage wurde durch rechtskräftiges Urteil abgewiesen. Aus diesen Vorgängen ist zu entnehmen, daß der Kläger bis zur Erledigung der von ihm erhobenen Ehescheidungsklage nicht den Willen und die Absicht hatte, seiner Ehefrau durch entgegenkommendes und versöhnliches Benehmen den Aufenthalt in seinem Hause und die Fortsetzung einer friedlichen Ehe zu ermöglichen, und eine Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau herbeizuführen, daß vielmehr der Kläger unter dem grundlosen Bezüchte des Ehebruchs die Fortsetzung des ehelichen Lebens mit seiner Ehefrau verweigerte, und daß es ihm nur darum zu thun war, die Ehescheidung herbeizuführen.

Es hat zwar der Kläger geltend gemacht, daß sein Besuch in W. im August 1884 den Zweck gehabt habe, eine Annäherung an seine Frau zu versuchen, daß er derselben damals habe sagen lassen, sie solle ihn im Wirtshaus besuchen, und daß er auch zu dem dortigen Pfarrer gegangen sei, um durch ihn die Gesinnung seiner Frau zu erfahren, und womöglich eine Annäherung anzubahnen.

Allein daß der Kläger damals die Wiedervereinigung mit seiner Ehefrau wirklich und ernstlich beabsichtigt hat, und daß er die Fortsetzung einer friedlichen Ehe durch entgegenkommendes und versöhnliches Benehmen gegen seine Ehefrau zu ermöglichen gesonnen war, kann hieraus nicht entnommen werden, zumal da der Kläger, nachdem eine persönliche Begegnung mit seiner Ehefrau nicht stattgefunden hatte, nicht einmal versucht hat, seine Ehefrau schriftlich von seinem angeblichen Wunsche der Wiedervereinigung zu benachrichtigen, und dieselbe zur Rückkehr in sein Haus zu veranlassen, sondern statt dessen, und statt einer Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens auf Ehescheidung wegen Ehebruchs Klage erhoben hat. Es kann hiernach dahin gestellt bleiben, ob der Kläger bei seinem Besuche in W. im August 1884 seiner Ehefrau hat sagen lassen, sie solle zu ihm in das

Wirtshaus kommen, und ob der Kläger damals zu dem Pfarrer in W. gegangen ist, um durch ihn die Gesinnung seiner Frau zu erfahren, wie auch die Behauptung der Beklagten dahin gestellt bleiben kann, daß der Kläger damals im öffentlichen Wirtshaus geäußert habe, seine Ehefrau sei ein schlechtes Mensch, das jüngste Kind sei gar nicht von ihm. Nun behauptet zwar der Kläger, daß er nach der Abweisung der Ehescheidungsklage, und nachdem er sich überzeugt habe, daß eine Scheidung nicht möglich sei, zu dem Entschluß gekommen sei, lieber mit der Beklagten zusammen zu leben, als faktisch getrennt zu sein. Allein auch dieser Behauptung widerspricht sein bisheriges Verhalten gegenüber der Beklagten. Denn der Kläger hat eine versöhnliche Gesinnung gegen die Beklagte in keiner Weise an den Tag gelegt; er hat vielmehr seine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens damit eingeleitet, daß er mittelst des von seinem Anwalt verfaßten, und von ihm selbst unterschriftlich bestätigten, an das Schultheißenamt gerichteten Schreibens vom 10. Juni 1885 seiner Ehefrau eröffnen ließ, „er v e r l a n g e, daß sie zu ihm zurückkehre, er werde ihr keinen Pfennig Alimente mehr bezahlen". Daß die Beklagte auf eine in so unversöhnlichem, schroffem und verletzendem Tone gestellte Aufforderung zur Rückkehr nur mit der Weigerung, diesem Verlangen zu entsprechen, antworten konnte, darüber konnte der Kläger und sein Anwalt nicht im Zweifel sein. Der Kläger hat aber dieses Schreiben durch seine Unterschrift ausdrücklich bestätigt und gebilligt. Es spricht deshalb alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Kläger keineswegs die Absicht hatte, mittelst jenes Schreibens seine Ehefrau zur Rückkehr in sein Haus zu veranlassen, sondern daß er im Gegenteil das Zusammenleben mit seiner Ehefrau nicht wünschte, und ihr die Rückkehr in sein Haus durch jene schroffe Aufforderung zur moralischen Unmöglichkeit machen wollte, um mittelst der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens die von ihm längst gewünschte Ehescheidung herbeiführen zu können.

Kann aber hienach nicht als erwiesen angenommen werden, daß der Kläger den ernstlichen Willen und die Absicht hat, das eheliche Leben mit der Beklagten fortzusetzen, so kann auch der

Beklagten zur Zeit nicht zugemutet werden, zu dem Kläger zurückzukehren, da unter diesen Umständen nicht zu erwarten ist, daß der Beklagten im Falle ihrer Rückkehr zu dem Kläger eine die Fortsetzung einer friedlichen Ehe ermöglichende versöhnliche und entgegenkommende Behandlung von Seite des Klägers zuteil würde.

Dem Ausgeführten zufolge war die gegen das Urteil voriger Instanz erhobene Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 25. März 1886 in Sachen H. c. H.

13.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Ernstlichkeit der Absicht der Wiedervereinigung.

Die von der Beklagten erhobene Einwendung, dem Kläger sei es mit der Wiedervereinigung nicht ernst, wurde verworfen.

Gründe:

Der Anspruch des Klägers darauf, daß seine Ehefrau zu ihm in die bereitgestellte, jetzt auch mit dem nötigen Hausrat von ihm versehene Wohnung, zurückkehre und das eheliche Zusammenleben wiederherstelle, ist durch das Bestehen der Ehe gerechtfertigt, da der Beklagten gesetzliche Gründe, welche ihr Fernbleiben rechtfertigen könnten, nicht zur Seite stehen. Insbesondere kann die Beklagte nicht behaupten, daß sie vom Kläger Mißhandlungen oder schwere Beleidigungen zu erdulden gehabt habe, und bezüglich der angeblich am 6. November v. J. im Haus des Joh. G. H. vom Kläger gegen sie ausgestoßenen Drohung hat sie durch ihre schon am 11. desselben Monats erfolgte freiwillige Rückkehr zum Kläger selbst zur Genüge zu erkennen gegeben, daß sie dieselbe, als einer vorübergehenden Zornesregung entflossen, nicht ernst genommen, beziehungsweise verziehen habe. Daß es aber dem Kläger nicht ernst sei mit dem Verlangen ihrer Rückkehr, kann die Beklagte mit Grund nicht geltend machen.

Denn selbst wenn Kläger die Absicht zu erkennen gegeben hätte, in dem Fall, daß die Beklagte trotz seiner wiederholten Aufforderungen und Bemühungen zur Rückkehr sich nicht bewegen lassen würde, die Scheidung der Ehe zu beantragen, würde hieraus auf einen offenbaren Mißbrauch der Befugnis auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen, nicht zu schließen sein, da durch jene, nur für den Fall der Nichterreichung der zunächst verlangten Wiedervereinigung gefaßte, Absicht die Ernstlichkeit der auf diese letztere gerichteten, und in erster Linie erklärten, Absicht keineswegs in Frage gestellt würde. Daß es ihm Ernst sei mit seinem Verlangen der Wiedervereinigung hat Kläger, neben dem, daß der Anstoß, die Beklagte durch private und amtliche Einwirkung des Schultheißen und des Gemeinderats, sowie auch des Amtsgerichts, zur Rückkehr zu bestimmen, wiederholt von ihm ausgegangen ist, hauptsächlich dadurch an den Tag gelegt, daß er den Anforderungen der Beklagten immer wieder sich gefügt und dasjenige gethan hat, was sie als Bedingung ihrer Wiedervereinigung ausgesprochen hatte, sofern er zuerst die Wohnung im väterlichen Hause, sodann auch die im Hause seines Bruders gemietete aufgegeben und die von der Beklagten gewünschte gemietet und nunmehr auch ihrem Verlangen, daß er mit der Einbringung seines Hausrats in diese letztere Wohnung vorangehen solle, entsprochen hat, so daß die Beklagte zur Zeit sichtlich nicht recht weiß, was sie noch weiter zur Bedingung ihrer Rückkehr machen solle. Wenn die Beklagte bei ihrer persönlichen Vernehmung geltend gemacht hat, daß ihr Mann erst sein Benehmen gegen sie ändern und seinen Willen nicht unter den seiner Verwandten geben solle, so ist es zunächst an der Beklagten, durch ihre Wiedervereinigung mit ihrem Ehemann diesem die Gelegenheit zu verschaffen, die von ihr gewünschte Sinnesänderung zu bethätigen und zu Herbeiführung derselben durch Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft das Ihrige beizutragen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 28. Mai 1886 in Sachen H. c. H.

14.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Israelitisches Recht.

Die Ehegatten, welche beide der israelitischen Religion angehören, haben sich getrennt. Der Ehemann erhob Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Die Ehefrau beantragte Abweisung dieser Klage und in der in 2. Instanz erhobenen Widerklage Trennung der Ehe dem Bande nach, weil der Kläger seine Ehefrau nicht zu alimentieren und ihr nicht einmal eine Wohnung anzubieten vermöge. Die Nichtgewährung der notwendigen Subsistenzmittel seitens des Ehemanns bilde nach israelitischem Eherecht einen Scheidungsgrund für die Ehefrau.

Die Beklagte wurde verpflichtet, das eheliche Leben herzustellen und die Widerklage abgewiesen.

Gründe:

1) Die Erhebung der Widerklage auf Scheidung gegen die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens war, obwohl die Widerklage erst in der Berufungsinstanz erhoben wurde, doch nach § 574. 575 der C.=P.=O. statthaft [1]). Die Erhebung der Widerklage war nach § 574 Abs. 2 auch nicht abhängig von einem Sühneversuch.

2) Wie sich aus Art. 5 des Württ. Ausführungsgesetzes vom 8. August 1875 zum Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 ergibt, sind Ehestreitigkeiten der Israeliten unter sich nach dem besonderen konfessionellen Rechte dieser Religionsgenossen zu beurteilen, wie dies vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 und des Württ. Ausführungsgeses vom 8. August 1875 [2]) der Fall war [3]).

1) Entsch. des R.G VIII. 351.

2) Vergl. V. O. vom 19. Septbr. 1811 in Sarwey's M. S. Bd. 2 S. 144, Ges. vom 25. April 1828 in betreff der öffentlichen Verhältnisse der israelitischen Glaubensgenossen Art. 40, u. Ges. vom 13. August 1864, betr. die bürgerlichen Rechtsverhältnisse derselben, Art. 3.

3) Vergl. Mot. zu dem Entw. des Ges. vom 8. August 1875 u. Bericht der Kommission der Kammer der Abg. R.Justiz=G. V. S. 536 med. u. S. 550 unten, Gaupp, C.=P.=O. Bd. III. S. 6.

3) In Anwendung des israelitischen Eherechtes wurden früher von den württemb. Ehegerichten, insbesondere auch von dem ehegerichtlichen Senate des vormaligen Obertribunals gegen den renitenten Ehegatten, um denselben zur Fortsetzung der Ehe anzuhalten, Zwangsmittel, auch Freiheitsstrafen, in den hiezu geeigneten Fällen angeordnet. An die Stelle des in dem früheren ehegerichtlichen Verfahren erforderten Antrags, den renitenten Gatten zur Fortsetzung der Ehe anzuhalten, tritt nach dem nunmehrigen Eheprozesse die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

Die Klage ist durch die beharrliche Weigerung der Ehefrau, die Ehe fortzusetzen, begründet.

Die Einrede der mangelnden Ernstlichkeit des Verlangens der Wiedervereinigung ist nicht zutreffend. Denn wenn der Kläger sich auch darauf Hoffnung machen mag, im Falle der Herstellung des ehelichen Lebens das Sondergut der Ehefrau wieder in seine Hände zu bekommen, so geht doch hieraus keinenfalls hervor, daß es dem Kläger mit seinem Verlangen nicht Ernst sei.

4) Die Beklagte macht weiter als Einrede gegen die Vorklage und zur Begründung der Widerklage geltend, der Kläger sei infolge der durch eigene Schuld eingetretenen Verarmung nicht im Stande, seine Ehefrau zu alimentieren, ihr insbesondere eine geeignete Wohnung anzubieten. Die Beklagte behauptet, was sie durch ein Gutachten eines israelitischen Gottesgelehrten, des Kirchenrats Dr. von Wassermann, beweisen will, es sei ein Grundsatz des israelitischen Eherechts, daß die Nichtgewährung der nötigen Subsistenzmittel seitens des Ehemanns einen Scheidungsgrund für die Ehefrau bilde. Allein ein solch weitgehender Satz läßt sich nicht erweisen. Dr. von Wassermann hat in seinem früheren Gutachten vom 8. November 1881 als einen Scheidungsgrund für die Ehefrau den Fall bezeichnet,

> daß der Ehemann sich der Sorge für ihre Ernährung entschlage.

Duschak, das mosaisch-talmud. Eherecht, § 41 führt unter den Fällen, in welchen die Ehefrau die Scheidung verlangen

kann, an, „wenn der Ehemann das Vermögen vergeudet und die Frau nicht alimentieren will."

Hirsch B. Faßel, das mosaisch-talmudische Civilrecht, sagt § 108: „Ein Grund zur Scheidungserzwingung ist es, wenn „der Gatte der Gattin keinen Unterhalt geben will", und er fügt die Erläuterung bei: „Wenn der Mann seiner Gattin „keinen Unterhalt geben kann — aus Armut — so ist es kein „vollständiger Grund zur Scheidungserzwingung, wohl aber, „wenn er ihr keinen Unterhalt geben will."

Dabei gehen diese Schriftsteller davon aus, daß dem Ehemann die Nutznießung an dem Vermögen seiner Gattin und deren Erwerb durch ihre Thätigkeit gebühre. Duschak § 34. 35. Hirsch B. Faßel § 91. Vergl. von Maier in Sarwey's M.S. 8 S. 195, woselbst weiter angeführt wird: „Will die Frau ihren Erwerb für sich behalten, so ist auch der Mann nicht weiter verbunden, sie zu ernähren".

Dahingestellt kann bleiben, ob die Verweigerung der notwendigen Subsistenzmittel an die Ehefrau einen Scheidungsgrund auch dann bildet, wenn sie zwar nicht aus bösem Willen, aber aus Arbeitsscheue erfolgt, wie von Maier in Sarwey's M.S. 18 S. 393 und von Wassermann in dem Gutachten vom 19. Juli 1882 annimmt. Jedenfalls ist Voraussetzung dieses Scheidungsgrundes, daß die Ehefrau infolge des schuldhaften Verhaltens des Ehemannes der notwendigen Subsistenzmittel entbehren muß.

Dies trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu. Wenn auch der Ehemann, und zwar nicht unverschuldet, in Vermögensverfall und Armut geraten ist, und wenn er auch, und zwar wegen Arbeitsscheue, nicht im Stande ist, selbst den Unterhalt für seine Ehefrau zu beschaffen, so ist doch hierdurch die Ehefrau nicht in die Lage versetzt, der notwendigen Subsistenzmittel entbehren zu müssen. Vielmehr hat die Ehefrau, indem sie ihrem Ehemann ihr noch vorhandenes nicht unerhebliches Sondergut, und zwar nicht bloß die Verwaltung, sondern auch den Ertrag desselben entzogen hat, sich die notwendigen Subsistenzmittel gesichert; und sie ist also nicht durch schuldhaftes Ver-

halten ihres Ehemanns in die Lage versetzt, derselben entbehren zu müssen. Der Ertrag ihres Sonderguts reicht nicht nur zum Unterhalte derselben zu, sondern ermöglicht auch, wenn dies erforderlich werden sollte, die Beschaffung einer anderen passenden Wohnung.

Der Einforderung eines neuen Gutachtens des Dr. von Wassermann bedarf es dem Ausgeführten zufolge nicht; und es ist nach dem erörterten Grundsatze des israelitischen Eherechtes die Einrede der Beklagten gegen die Vorklage, wie auch ihre Wiederklage unbegründet, und demnach, ohne daß auf den Beweisantritt bezüglich der bestrittenen thatsächlichen Verhältnisse einzugehen ist, die Berufung nebst der mit derselben erhobenen Widerklage zurückzuweisen.

Urteil des 1. Senats des Oberlandesgerichts vom 25. Juni 1886 in Sachen St. c. St.

15.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens unter Katholiken. Gestattung des Getrenntlebens wegen unsittlichen Verhaltens des andern Teils.

Die Parteien gehören der katholischen Kirche an. Der Ehemann klagt gegen seine Ehefrau, welche ihn verlassen hat, auf Herstellung des ehelichen Lebens. Die Ehefrau erachtet eine solche Klage unter Katholiken als unstatthaft. Eventuell beantragt sie, die Klage zur Zeit abzuweisen und ihr zu gestatten, 1 Jahr von dem Ehemann getrennt zu leben, weil dieser sich grober Mißhandlungen gegen die Beklagte und eines unsittlichen Verhaltens schuldig gemacht habe. Diesem Verlangen wurde entsprochen und der Beklagten gestattet, auf die Dauer eines halben Jahrs von Rechtskraft des Urteils an gerechnet, getrennt zu leben.

Gründe:

1) Der Richter voriger Instanz hat die Zulässigkeit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nach katholischem Eherechte mit Grund angenommen.

Daß der verlassene Ehegatte nach den Bestimmungen des kanonischen Rechtes befugt erscheint, sein Recht auf eheliches Leben im Wege der Klage geltend zu machen, ist in den Quellen unzweifelhaft gesagt [1]) und demzufolge wohl nicht bestritten [2]).

Es ist jedoch die Ansicht ausgesprochen worden, daß dieses Klagerecht infolge der neueren Praxis der katholischen Kirche außer Uebung gekommen sei, indem es in einem dem Trennungsprozesse vorangehenden, von Amtswegen einzuleitenden Sühneverfahren aufgegangen sei, in welchem die Bemühungen, den renitenten Teil zur Rückkehr zu bewegen, so lange fortgesetzt werden, bis Gründe vorliegen, dem andern Teile die Klage auf Trennung von Tisch und Bett anheimzugeben [3]).

Allein nicht nur steht dieser Ansicht die Autorität Schultes entgegen, welcher aus der Rechtsprechung katholischer Ehegerichte die praktische Anwendbarkeit des klageweisen Vorgehens des verlassenen Teiles mit dem Verlangen ehelicher Folge von Seite des renitenten Gatten bestätigt [4]), sondern es könnte auch aus dem Umstande, daß letzteres, soweit in einzelnen Ländern amtliches Einschreiten der Ehegerichte gegen den renitierenden Ehegatten vorgeschrieben sein sollte, etwa regelmäßig sich als überflüssig herausstellen sollte, doch entfernt nicht geschlossen werden, daß deshalb der Weg klageweisen Vorgehens in der in Frage stehenden Richtung nunmehr als gesetzlich unzulässig zu erachten sei.

Es würde auch solcher Annahme an jedem sachlich berechtigten Grunde fehlen, sofern die Klage auf Rückkehr des deserierenden Gatten ja einen versöhnlicheren, also der Natur der Ehe entsprechenderen Charakter hat, als eine alsbaldige Klage auf zeitliche Trennung, welche für den Fall beharrlicher Renitenz unzweifelhaft zulässig erscheint [5]).

1) c. 4, 5, 6 X. de divort. 4, 19, c. 6 X. de eo, qui conj. 4, 13, c. 17 X. de conv. conj. 3, 32, c. 8, 13 X. de rest. spol. 2, 13.

2) v. Scheurl, gem. deutsch. Eherecht S. 257, 347, Kutscher, Eherecht, der kath. Kirche Bd. 5 S. 535 ꝛc. 542 ꝛc.

3) württemb. Ger.-Blatt Bd. 13 S. 323 ꝛc.

4) württemb. Ger.-Blatt Bd. 14 S. 44 ꝛc. S. 285, Bd. 20 S. 40. v. Scheurl u. Kutscher l. c.

5) Schulte, Handbuch des kath. Eherechts S. 434, v. Scheurl l. c.

Aus dem Umstande, daß in den Motiven zu § 544 des Entwurfes der Reichs-C.P.O. und im Kommissions-Berichte zu Art. 5 des württ. Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz betreffend die Beurkundung des Personenstandes die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur mit dem Scheidungsprozesse wegen Quasidesertion in Verbindung gebracht ist, folgt keineswegs, daß diese Klage für das katholische Eherecht nicht zu Recht bestehe, im Gegenteil ist in Art. 5 jenes Ausführungsgesetzes ausdrücklich bestimmt, daß die seitherigen Rechtsgrundsätze unter den näheren Bestimmungen des Reichsgesetzes und des Ausführungsgesetzes bis auf Weiteres forthin gelten sollen.

Auch erscheint die Annahme nicht zutreffend, daß die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nach Wegfall von Zwangsmitteln in Ermanglung des Scheidungsprozesses wegen Quasidesertion bedeutungslos sei. Ob für Katholiken nicht die Bestimmung des gemeinen Rechts, welches angemessene Zwangsgrade kennt, anwendbar wären[1]), kann dahingestellt bleiben, da auch, wenn in Württemberg bürgerliche Zwangsmittel überhaupt für ausgeschlossen zu erachten sein sollten, auf das eigentümliche Rechtsverhältnis der Ehe nicht die Anschauung Anwendung finden kann, daß ohne solche ein Urteilsspruch als rechtlich bedeutungslos erscheine. Dieselbe erscheint schon deshalb als unbegründet, weil der Urteilsspruch abgesehen von mannigfachen anderen Lebensinteressen für den Obsiegenden im Falle fortgesetzter Renitenz des Unterlegenen die Durchführung des Anspruches auf von dem Gerichte verhängte Trennung von Tisch und Bett erleichtern müßte.

2) Die behaupteten Mißhandlungen und Drohungen sind nicht erwiesen, dagegen erscheint eine gröbliche Verletzung der ehelichen Treue vonseiten des Klägers als dargethan. (Folgen thatsächliche Ausführungen.) Es ist nun nicht richtig, wenn der vorige Richter nur rohe Mißhandlungen und lebensgefährliche Drohungen als Gründe zeitlicher Trennung gelten läßt.

S. 348, Kreuzer, kath. Eherecht S. 234, Stiegele, Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes S. 52 cc.

1) Scheurl. l. c. S. 259, 347. Gaupp, Comm. z. Reichs-C.-P.-O. III. S. 12.

Nach den Vorschriften des kanonischen Rechtes, welche in Württemberg für die Katholiken maßgebend sind, ist die Zahl der zu zeitlicher Trennung berechtigenden Gründe überhaupt keine fest begrenzte, vielmehr ist sie in sess. 24 cap. VIII de sacr. matrim. des Konzils zu Trident ausdrücklich ob multas causas, die in das Ermessen des Gerichts gestellt sind, für statthaft erklärt [1]) und nach der Praxis des gemeinen Rechts wird als ein solcher Grund jeder angesehen, welcher auch eine thatsächliche Trennung des Gatten zur Zeit als gerechtfertigt erscheinen läßt, welcher nämlich die Zumutung, gleichwohl das eheliche Zusammenleben mit dem andern Teile sofort fortzusetzen, als eine nicht zu rechtfertigende Härte erscheinen ließe [2]), was unter Anderem auch bei empfindlichen Kränkungen von Seite des Ehegatten zutrifft [3]).

Daß nun der unsittliche Angriff des Klägers auf die zur Beklagten auf Besuch gekommene Freundin eine empfindliche Kränkung für seine Ehefrau, eine gröbliche Verletzung ihrer Rechte auf eheliche Treue waren, und daß derselbe, auch wenn es zunächst nicht auf körperliche geschlechtliche Vereinigung, somit auf wirklichen thatsächlichen Ehebruch abgesehen gewesen sein sollte, nach der Art und Weise des Vorgehens des Klägers bei dieser Veranlassung doch die Beklagte mit gerechtem Mißtrauen erfüllen mußte, wessen sie sich zu demselben zu versehen habe, ist zweifellos.

Es kann also der Beklagten nicht verworfen werden, wenn sie unter diesen Umständen die Zumutung zu alsbaldigem ehelichem Zusammenhalten mit dem Kläger als eine ihr unerträgliche Beschwerde empfindet und demselben solches zur Zeit verweigert.

Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 1. Mai 1884 in Sachen R. c. R.

1) v. Scheurl, l. c. S. 348, Schulte, kathol. Eherecht S. 435, 494, Eichhorn, Kirchenrecht Bd. 2 S. 479, Brendel, Kirchenrecht Bd. 2. S. 1186.

2) Entsch. d. Reichsger. Bd. 6 Nr. 37 S. 150, Nr. 112 S. 372.

3) Schulte, l .c .S. 494, Kreuzer, l. c. S. 231—34, Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 31.

16.

Wird die Berechtigung des Ehegatten, auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen, dadurch ausgeschlossen, daß derselbe sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat und zwar auch dann, wenn der unschuldige Teil nicht auf Scheidung klagt?

Das Oberlandesgericht hat diese Frage bejaht [1]).

Gründe:

Während nach der Bestimmung der Ehegerichtsordnung T. II. c. 10 § 1 und c. 13 § 1 für den Fall der eigenmächtigen Trennung strittiger uneiniger Ehegatten beim Mißlingen des Sühneversuchs mit Zwangsmitteln behufs ihrer Wiedervereinigung vorgegangen werden soll, beschränkt die Ehe-G.-O. Tl. II. c. 9 § 1 im Falle der Verübung eines Ehebruchs die Thätigkeit des Eherichters ohne Unterschied, ob die Ehegatten sich getrennt haben oder nicht, abgesehen von der Erkennung der Scheidung, lediglich darauf, die Versöhnung zwischen dem Ehebrüchigen und dem unschuldigen Gatten alles Fleißes zu tentieren, enthält aber keine Bestimmung darüber, daß auch bei einem Ehebruch Zwangsmittel anzuwenden seien. Es sind somit gegenüber von Ehegatten, welche sich Ehebruchs halber getrennt haben, gegen die sonst nach der Ehe-G.-O. geltende Regel Zwangsmittel zur Herstellung des ehelichen Lebens ausgeschlossen. Dieser Grundsatz kommt jedoch nur in Betracht, wenn der ehebrüchige Gatte gegenüber vom unschuldigen die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft beantragt; denn wenn der unschuldige Teil nach stattgehabten Ehebruch die Fortsetzung verlangt, so liegt hierin eine Verzeihung des von dem anderen Teile verübten Ehebruchs [Ehe-G.-O. I. c. 6 § 2], und es steht daher der letztere der Verhängung von Zwangsmitteln nicht im Wege. Sind nach der Ehe-G.-O. bei stattgehabtem Ehebruch Zwangsmittel zur Herstellung des ehelichen Lebens dem unschuldigen Gatten gegenüber nicht anwendbar, so folgt

1) Siehe jedoch Entsch. des R.G. Bd. 18 S. 225 u. S. 228.

hieraus weiter dem letzteren gegenüber die Unzulässigkeit des Antrags auf Herstellung des ehelichen Lebens, weil dieser einen Bestandteil des Quasidesertionsprozesses bildende Antrag gegen den renitenten Ehegatten als Mittel zur Erzwingung der Fortsetzung des ehelichen Lebens die Verhängung von Zwangsgraden bezweckt, daher beim Ausschluß der Anwendung der letzteren nicht durchgeführt werden kann.

An diesem Grundsatz hat der Art. 7 des Ausführungsgesetzes vom 8. August 1875, durch welchen die sogenannten Zwangsgrade aufgehoben worden sind, nichts geändert. Denn indem dieselben durch das den Beklagten Ehegatten zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtende Urteil in Verbindung mit dem Ablauf mindestens Eines Jahres vom Eintritt der Rechtskraft desselben an ersetzt worden sind (Art. 7 Abs. 2 cit.), sollte hierdurch nur die Art der Einwirkung auf den Willen des renitenten Ehegatten verändert, nicht aber der nunmehr als selbständige Klage erscheinende Antrag auf Herstellung des ehelichen Lebens in einem Falle für zulässig erklärt werden, in welchen er es nach dem bisherigen Rechte nicht gewesen war.

Die dem Ausgeführten zufolge in der Ehe-Ger.-Ordng. zum Ausdruck gekommene Bestimmung, wonach der ehebrüchige Ehegatte gegen den unschuldigen nicht auf Herstellung des ehelichen Lebens klagen kann, stimmt überein mit den Grundsätzen des kanonischen Rechts, welchen auch in Ehesachen subsidiäre Gültigkeit zukommt [1]). Diesem zufolge ist der ehebrüchige Teil nicht berechtigt, von dem unschuldigen Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens überhaupt [2]) und die Gewährung der ehelichen Pflicht insbesondere zu verlangen [3]). Die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes auf das protestantische Eherecht wird nicht da-

1) Ehe-Ger.-Ordg. II, 5 § 6 [aufgehoben] u. Wächter, württ. Privatrecht Bd. I S. 418 Anm. 6 a.

2) c. 4 X. de divort. 4, 19, Schulte, Handbuch des kath. Eherechts S. 434, Derselbe, katholisches u. protestantisches Kirchenrecht Aufl. 4 S. 422 Anm 9, Scheurl, Gemeines deutsches Eherecht S. 258.

3) c. 15. 16. de convers. conjugat. 3,32. Schulte, Eherecht S. 396. Scheurl, Eherecht S. 261.

durch ausgeschlossen, daß dieses dem unschuldigen Teile wegen Ehebruchs des anderen Teiles das Recht auf Trennung der Ehe dem Bande nach gewährt, während nach katholischem Eherecht, wie solches in der Zeit vor dem Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 gegolten hat, dem unschuldigen Teile nur das Recht zustand, wegen Ehebruchs des anderen Teils beständige Trennung zu Tisch und Bett zu verlangen. Denn es kann daraus, daß das protestantische Eherecht dem unschuldigen Teile wegen Ehebruchs des anderen ein weitergehendes Recht einräumte, nicht abgeleitet werden, es habe dem ehebrüchigen Teile die ihm nach dem kanonischen Rechte nicht zustehende Befugnis, die Herstellung des ehelichen Lebens vom unschuldigen zu verlangen, erteilt werden wollen.

Die Scheidung dem Bande nach ist nämlich im protestantischen Eherechte an Stelle der früher geltenden ständigen Trennung zu Tisch und Bett im wesentlichen deshalb zugelassen worden, um dem unschuldigen Ehegatten die Wiederverheiratung zu ermöglichen, und nicht um die Lage des Schuldigen zu verbessern [1]), und es ist im Einklang hiemit nach dem Rechte vor dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 dem schuldigen Teile die Wiederverheiratung nur im Wege der Dispensation gestattet [2]).

Bei der Annahme, das protestantische Eherecht habe dem schuldigen Teil das Recht, vom unschuldigen Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen, eingeräumt, wäre hierdurch des ersteren Lage insofern verbessert worden, als er nunmehr den letzteren durch das Verlangen der Herstellung des ehelichen Lebens entweder hiezu oder zur Scheidung dem Bande nach zu bestimmen vermöchte, während er nach dem kanonischen Rechte abzuwarten hatte, bis der unschuldige Teil sich für Wiedervereinigung oder ständige Trennung zu Tisch und Bett entscheide. Eine solche Verbesserung der Lage des schuldigen Teils würde dem angeführten Grunde der im protestantischen Eherecht an den bisher geltenden Bestimmungen vorgenomme-

1) Vergl. Scheurl, Eherecht S. 291 f. 336.

2) Vrgl. Scheurl, Eherecht S. 336. Ehe-G.-O. I c. 6 § 2 u. II. c. 9 § 3.

nen Aenderungen nicht entsprechen. Der Ausschluß der Befugnis des schuldigen Teils, Herstellung des ehelichen Lebens vom unschuldigen zu verlangen, hat zwar zur Folge, daß die Ehegatten insolange getrennt leben, bis sie sich aussöhnen oder der unschuldige Teil im Wege der Klage die Herstellung des ehelichen Lebens oder die Scheidung herbeiführt, kann daher lebenslängliches Getrenntleben der Ehegatten nach sich ziehen. Allein dieses Getrenntleben erscheint als ein thatsächliches, nicht auf ehegerichtlichem Urteil beruhendes, ist daher mit dem Grundsatz des protestantischen Eherechts, nach welchem nicht auf ständige Trennung zu Tisch und Bett erkannt werden kann, nicht im Widerspruch.

Gegen das Recht des ehebrüchigen Teils, Wiedervereinigung mit dem unschuldigen Teile zu verlangen, spricht weiter die Erwägung, daß der letztere, wofern er nicht alsbald Klage auf Scheidung erhebt, gezwungen wäre, sich mit seinem ehebrüchigen Gatten zu versöhnen oder seitens desselben die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu gewärtigen, und diese Zwangslage wäre um so mißlicher, als nach §.580 der Civil-Pr.O., im Gegensatz zum früheren in der Gewährung von Bedenkfristen nicht beschränkten gerichtlichen Prozesse [1]) das Gericht die Aussetzung des Verfahrens über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet, und nur einmal im Laufe des Rechtsstreits höchstens auf ein Jahr anordnen kann, der ehebrüchige Gatte daher die bezeichnete Klage unmittelbar nach dem Ehebruch durchzuführen in der Lage wäre. Der Grundsatz, daß dem ehebrüchigen Gatten nicht das Recht zusteht, vom Unschuldigen die Herstellung des ehelichen Lebens zu verlangen, hat auch in der einheimischen Doktrin Anerkennung gefunden [2]).

---

1) Vgl. Hauber, Recht u. Brauch Tl. II S. 146 Nr. 225.

2) Hochstetter, Compendium juris matr. ad normam ordinat. matr. würtemb. 1750 cap. 13. Sarwey, Monatschr. Bd. 17. S. 281 u. 282. Hauber, Eherecht S. 52 Nr. 192. Lang, Personenrecht Aufl. 2 S. 442. Anmerk. 28.

Daß der Kläger sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, ist erwiesen.

Urteil des I. Senats vom 24. Juni 1887 in Sachen K. c. K.

17.

Klage auf ein Toleramus.

Der Ehefrau wurde gestattet, auf die Dauer eines Jahres von dem Ehemann getrennt zu leben. Die Thatsachen ergeben sich aus den Entscheidungsgründen:

Das von dem Beklagten gegen seine Ehefrau beobachtete Verhalten weist schon insoweit, als es von ihm selbst zugestanden wird, auf eine tiefeingewurzelte Abneigung gegen das Zusammenleben mit der Klägerin und gegen diese selbst hin. Denn nachdem sich die Ehegatten bald nach Eingehung der Ehe wieder getrennt hatten, hat Beklagter in den nächstfolgenden 1½ Jahren nicht auf Rückkehr seiner Ehefrau gedrungen, und als letztere auf die von ihm endlich erhobene Herstellungsklage bei der gerichtlichen Verhandlung sich zur Fortsetzung der Ehe für den Fall erbot, daß Beklagter sie im Hause ihrer Eltern abhole, dies erst nach längerem Zögern den Tag vor der auf's neue anberaumten mündlichen Verhandlung gethan, jedoch sobald seine Ehefrau behufs Beginnens des ehelichen Lebens ihre Schlafstätte in seine Wohnung zu verlegen sich anschickte, anstatt ihr bereitwillig entgegenzukommen, die Beihilfe der Behörde zur Verhinderung dieses Schrittes erfolglos angerufen, endlich erst, nachdem Klägerin infolge dieses Auftritts vom 23. Juli 1887 sich abermals von ihm getrennt und auf Gestattung des Getrenntlebens geklagt hatte, seinerseits auf Herstellung des ehelichen Lebens Klage erhoben.

Beklagter hat auch diese Abneigung der Klägerin, nachdem sie auf die erste Trennung hin sich zu ihm zurückbegeben hatte, unverhohlen und fortgesetzt zu erkennen gegeben, derselben sogar mit gewaltsamer Entfernung gedroht, indem er ihr täglich zugerufen hat, er werde es schon fertig bringen, daß sie gehe,

sie soll sich marschieren mit ihrer Bettlade, er schmeiße sie noch hinaus mit samt ihrer Bettlade, sodann bei dem Vorfall, welcher das nunmehrige Getrenntleben zur Folge gehabt hat, derselben erklärte: Da herein, d. h. in sein Haus, komme sie ihm nicht mehr, und unmittelbar darauf gegen eine Zeugin, zu welcher Klägerin sich geflüchtet hatte, äußerte: Du kannst sie oder den Tropfen behalten, in mein Haus kommt sie nicht mehr.

Daneben hat Beklagter während der Zeit der letzten Vereinigung mit seiner Ehefrau nach der Aussage derselben Zeugen bei den fortgesetzt unter den Ehegatten bestehenden Zänkereien seiner gehässigen Stimmung gegen die Klägerin in Schimpfreden wie: liederliches Menschle, Krüppel, liederliches Tröpfle, er schlag ihr eins ins Fressen, wenn sie ihr Maul nicht halte, er rege sie mit keinem Steckele mehr an, Luft gemacht.

Anlangend den Vorgang, welcher zu der nunmehrigen Trennung der Ehegatten geführt hat, so ist erwiesen, daß der Beklagte nach einem Wortwechsel die Klägerin geschlagen hat, daß er sie mit der einen Hand am Halse faßte, dieselbe würgte, daß er in der andern Hand ein Beil hielt, wobei er rief, ich schlage dir eins hinauf. Wenn nun auch diese Mißhandlung bei der Klägerin keine Krankheit verursacht hat, so erscheint dieselbe doch unter allen Umständen als eine rohe, bei welcher ihre Person noch besonders deshalb gefährdet war, weil er hiebei das Beil, mit welchem er unmittelbar zuvor gearbeitet hatte, in der Hand behalten hat, wie denn auch die Klägerin nach dem ihr bezeugten furchtbaren Schreien und der bei ihr unmittelbar nachher wahrgenommenen Todesbläſſe durch das Vorgehen ihres Ehemanns in hohem Grade geängstigt worden sein muß. Da die äußere Veranlassung dieser Mißhandlung eine ganz geringfügige war, so läßt sich die letztere nicht auf eine bloß vorübergehende, vereinzelte Erregung des Beklagten zurückführen, ist vielmehr im Hinblick auf die nachgewiesene große Abneigung des Beklagten gegen seine Ehefrau und die nach Obigem mehrfach von ihm ausgestoßenen Drohungen, er werde es schon fertig bringen, daß sie gehe, mit dem auf seiner Abneigung beruhenden Bestreben, diese Drohungen durch ihre

Mißhandlung zu verwirklichen und ihr dadurch das Zusammenleben mit ihm unmöglich zu machen, zu erklären. Unter diesen Umständen aber ist die dringende Gefahr begründet, der Beklagte würde, falls seine Ehefrau zur Zeit zu ihm zurückkehrt, sich infolge dieser seiner fortdauernden hohen Abneigung gegen sie, zu weiterer ihre Person gefährdender Mißhandlung schreiten. Es würde daher der Klägerin bei künftigem Zusammenleben mit ihrem Ehemann ernstliche Gefährdung ihrer Person durch fernere Ausbrüche seiner widerwilligen Gesinnung drohen, es treffen sonach die Voraussetzungen, unter welchen ihr nach Maßgabe der Ehegerichtsordnung Thl. II Tit. 10 c. 1 zeitweiliges Getrenntleben zu gestatten ist, zu.

Urteil des I. Senats vom 25. Mai 1888 in Sachen A. c. A.

18.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Voraussetzungen für ein Toleramus.

Die Ehefrau beantragte der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegenüber, ihr die zeitliche Trennung von ihrem Ehemann zu gestatten. Diesem Antrag wurde nicht stattgegeben.

Gründe:

Die Behauptung der Beklagten, daß Kläger lebens- oder gesundheitsgefährdender Mißhandlungen gegen sie sich schuldig gemacht habe, ist durch die dafür angeführten beiden Vorfälle nicht begründet, mangels der Angabe der sie begleitenden Umstände, insbesondere ihrer Veranlassung, indem es nicht glaubhaft erscheint, daß Kläger — auch bei etwaiger Trunkenheit — ohne jeden Anlaß zu den fraglichen Thätlichkeiten geschritten sei, und wenn wirklich dieselben ohne alles Weitere vorgenommen worden sein sollten, nicht erhellt, daß es ernstlich gemeinte Drohungen, nicht bloß mutwillige, etwa auf Erschrecken der Beklagten gerichtete Handlungen gewesen seien, wie sie denn die Beklagte selbst nicht als ernstlich gemeinte aufgefaßt

zu haben scheint, indem sie zwei Jahre lang dieselben gegen den Kläger nicht verwertet, und durch das inzwischen fortgesetzte eheliche Zusammenleben offenbar verziehen hat.

Ohne dringende Gefahr für Leib oder Leben aber vermögen selbst beim Vorhandensein „hart eingewurzelter Feindschaft" nach dem Gesetz (Ehegerichtsordnung Teil II cap. 10 § 1: praesentissimum periculum) auch fortgesetzte schwere, und selbst so rohe und empörende Beschimpfungen, wie sie der Beklagten, nach den, teilweise übereinstimmenden, Aussagen aller im Vorprozeß vernommenen Zeugen, vom Kläger, wie unter dessen Zulassung und mindestens stillschweigender Billigung auch von seinen Kindern zugefügt worden sind, eine auch nur zeitliche Ehetrennung nicht zu rechtfertigen, wofern sie nicht für die Gesundheit des Gatten eine ernste und dringliche Gefahr begründen [1]), was im vorliegenden Fall nach den Umständen nicht anzunehmen, auch von der Beklagten selbst nicht behauptet ist.

Urteil des I. Civilsenats vom 18. Mai 1888 in Sachen W. c. W.

19.

Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Antrag auf Gestattung zeitlicher Trennung.

Der Ehemann klagt auf Herstellung des ehelichen Lebens. Die Beklagte wendet ein, sie sei berechtigt, zeitliche Trennung von Tisch und Bett zu verlangen und stellt widerklagend das Gesuch, ihr zu gestatten, auf die Dauer eines Jahres von ihrem Ehemann getrennt zu leben. Die Beklagte wurde unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtet.

Gründe:

Die Behauptung der Beklagten, zu zeitweiliger thatsäch-

1) vgl. württ. Gerichtsblatt, Bd. 11 S. 323, Bd. 2 S. 363, auch Archiv für civil. Praxis, Bd. 56 S. 257. n. 30.

licher Trennung vom Kläger berechtigt zu sein, gründet sich auf die Vorschrift der württemb. Ehe- und Ehegerichtsordnung II, 10 § 1. Hienach wird durch „harteingewurzelte Feindschaft, Sävitien und Widerwillen" der Ehegatten, verbunden mit der dringenden Besorgnis, daß dem die Rückkehr verweigernden Ehegatten bei fernerem Zusammenleben ernstliche Gefährdung seiner Person durch den andern Teil drohe, zeitweilige Trennung der Ehe zu Tisch und Bett begründet.

Dem ersten Richter ist nun darin beizustimmen, daß die einzige nachgewiesene Mißhandlung der Beklagten durch den Kläger aus der Zeit vor der thatsächlichen Trennung nebst den um dieselbe Zeit vom Kläger gegen die Beklagte ausgestoßenen Beschimpfungen angesichts der Länge der inzwischen verflossenen Zeit nicht geeignet ist, um für sich allein eine Fortsetzung der bestehenden Trennung zu rechtfertigen. Für die weitere Behauptung der Beklagten aber, daß Kläger sie seit Juli 1884 „täglich mißhandelt" und schon vor der — kurzen — Trennung vom Jahr 1883 „häufig mißhandelt und zuletzt aus dem Hause gejagt" habe, fehlt jeder Beweis.

Was nun aber den Vorfall vom August 1887 betrifft, so ist allerdings nicht zu verkennen, daß der Backenstreich, welchen Kläger der Beklagten versetzte, sich als eine ungerechtfertigte und brutale Handlung darstellt. Allein eine schwere oder gefährliche Mißhandlung (Sävitie) kann hierin nicht gesehen werden, und nach Lage der Sache läßt sich aus dieser Handlung des Klägers auch in Verbindung mit den früheren Vorkommnissen nicht der Schluß ziehen, daß auf seiner Seite eine feindselige Gesinnung gegen die Beklagte obwaltet, welche beim Zusammenleben der Parteien der Person der Beklagten Gefahr drohen würde. Denn durch die Aussagen der in dieser Instanz vernommenen Zeugen ist bewiesen, daß der Kläger acht Tage vor dem Vorfall in der H.'schen Wirtschaft sich zu der Beklagten hingesetzt, mit ihr anzustoßen und zu sprechen versucht hat, so daß die Zeugen den Eindruck hatten, daß er „gut mit ihr sein" wollte. Wenn sich nun Beklagte hiebei — wie nach den Zeugenaussagen feststeht — durchaus ablehnend benahm und dem

Kläger den Rücken kehrte, und wenn sie ferner in der H.'schen Wirtschaft sich angesichts ihres Ehemanns zu einer dritten Mannsperson hinsetzte und sich gegen diese so benahm, daß Kläger „denken konnte, sie sei zu freundlich" gegen diesen dritten, so war dieses Verhalten der Beklagten wohl geeignet, den Kläger in eine gereizte Stimmung gegen dieselbe zu versetzen. Der Backenstreich erklärt sich daher aus einer augenblicklichen durch das mindestens unangemessene Benehmen der Beklagten hervorgerufenen Zornaufwallung des Klägers und muß keineswegs als ein Symptom einer harteingewurzelten Feindschaft desselben gegen die Beklagte aufgefaßt werden.

Fehlt es hiernach an genügenden Anhaltspunkten für die Annahme, daß Beklagte auch bei angemessenem Verhalten von ihrer Seite gegen den Kläger Ausbrüche feindseliger Gesinnung desselben, welche ihre Person bedrohen würden, zu erwarten hat, so kann Beklagte ihre Weigerung, das eheliche Leben mit dem Kläger wiederherzustellen, auch auf die angeführte Gesetzesbestimmung der Ehe- und Ehegerichtsordnung nicht stützen.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 8. Juni 1888 in Sachen L. c. L.

In gleicher Weise wurde in dem Urteil des 2. Civilsenats vom 14. Februar 1889 in Sachen L. c. L. ausgeführt:

Die vom Kläger zugegebene Thatsache, daß er der Beklagten einmal im Februar 1888 mit der flachen Hand einen Streich an den Kopf versetzte, weil sie, wie er angibt, „ihm eine ungeschickte Antwort gegeben habe", kann nicht in Betracht kommen. Denn aus den Aussagen der Zeugen geht hervor, daß die Beklagte sogar in Gegenwart dritter Personen sich nicht scheute, ihrem Ehemann gegenüber sich ungehörig zu benehmen oder ihm „ungeschickte Antworten" zu geben, d. h. ihm auf seine Fragen teils gar keine Antworten zu geben, teils ihn „Ochs" oder „Esel" u. s. w. zu nennen.

20.

Quasidesertion. Der getrennt lebende Ehegatte kann sich auch noch nach Ablauf eines Jahrs von Rechtskraft des die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens aussprechenden Urteils an zur Rückkehr erbieten.

Der Ehemann hat ein Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens gegen seine Ehefrau erwirkt. Erst nachdem ein Jahr nach Rechtskraft dieses Urteils abgelaufen war, hat sich die Ehefrau zur Rückkehr erboten. Sie entschuldigte die bisherige Nichtbefolgung des Urteils durch ihren leidenden Zustand; der Ehemann hat derselben aber durch sein Verhalten das Bleiben bei ihm unmöglich gemacht. Die Klage des Ehemanns auf Scheidung wegen Quasidesertion wurde abgewiesen.

Gründe:

I. Nach Art. 7 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 kann ein Ehegatte Scheidung wegen Quasidesertion verlangen, wenn der andere mindestens ein Jahr lang nach eingetretener Rechtskraft des Urteils, welches ihn zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt, die eheliche Gemeinschaft oder die eheliche Pflicht verweigert hat. Eine Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft im Sinne dieser Bestimmung erfordert, daß dieselbe innerhalb dieses Zeitraums ungehorsamer Weise nicht fortgesetzt worden ist, und liegt daher dann nicht vor, wenn der zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilte Ehegatte das Seinige zu dieser Herstellung gethan hat, aber dieselbe durch das Verhalten des anderen Ehegatten verhindert worden ist[1]).

Dabei genügt der richtigen, auch vom Unterrichter gebilligten, Ansicht zufolge zur Begründung der Scheidungsklage wegen Quasidesertion nicht, daß der andere Ehegatte ein Jahr lang von dem angeführten Zeitpunkte an die eheliche Gemeinschaft verweigert hat, es ist vielmehr Fortdauer dieser Verwei-

1) Commissionsbericht der Kammer der Abg. bei Stiegele, Reichsgesetz über Beurkundung 2c. S. 254 ff.

gerung bis zum Scheidungsurteile erforderlich, und Scheidung auch dann ausgeschlossen, wenn der verurteilte Ehegatte erst nach Umfluß des Jahrs vergeblich das Seinige zur Herstellung des ehelichen Lebens gethan hat.

Der Wortlaut des Art. 7 cit. scheint zwar für das Gegenteil, nämlich dafür zu sprechen, daß durch die während Jahresfrist dauernde Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft seitens des einen Ehegatten ein wohlerworbenes Recht des anderen auf Scheidung begründet werde [1]). Diese Auslegung wäre dann gerechtfertigt, wenn dem Art. 7 diejenige Auffassung der Scheidung wegen Quasidesertion zugrunde läge, nach welcher nicht die Fortdauer der hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft und die hierdurch bewirkte Unmöglichkeit der Erzwingung der letzteren, sondern dasjenige in der Vergangenheit liegende schuldvolle Verhalten, welches in dem während Jahresfrist an den Tag gelegten Ungehorsam gegen das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens besteht, den Grund dieser Scheidung bildet. Allein die letztere Auffassung ist mit dem württembergischen Rechte nicht vereinbar. Nach den Bestimmungen der Ehegerichtsordnung I, 7; II, 10 § 1; II, 13 § 1 und 2 konnte Scheidung wegen Quasidesertion nur erkannt werden, wenn sich alle Versuche zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens erfolglos erwiesen hatten, der desertierende Ehegatte die Zwangsgrade erfolglos erstanden hatte, und damit die die Scheidung begründende »pertinax, perpetua und incorrigibilis denegatio debiti conjugalis« festgestellt war. Wenn daher der desertierende Ehegatte auch erst nach Erstehung der Zwangsgrade, und nachdem dem andern Teile um Erkennung des Scheidungsprozesses zu bitten anheimgegeben war, das Seinige zur Herstellung des ehelichen Lebens that, so konnte Scheidung nicht Platz greifen, weil in diesem Falle die hierzu erforderliche hartnäckige Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft nicht vorlag [2]). An die Stelle der Zwangsgrade ist nun

1) Hauber, württ. Eherecht Aufl. 2 S. 46 Nr. 176.

2) Sarwey, Monatschrift Bd. 10 S. 34. Urteil des Ehesenats in Eßlingen Bd. 18 S. 134. Lang, Personenrecht Aufl. 2 S. 444 Anm. 41.

zwar mit Aufhebung derselben nach dem angeführten Art. 7 das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens in Verbindung mit dem Ablauf eines Jahrs von der Rechtskraft dieses Urteils an getreten. Wie die Motive zu diesem Art. 7 [1]) ausdrücklich besagen, war abgesehen von dieser Aenderung „im „Uebrigen der dem Quasidesertionsprozeß zugrunde liegende „Gedanke unverändert zu belassen“. Es ist daher auch nach dem angeführten Gesetze die Fortdauer der hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft und die hierdurch bewirkte Unmöglichkeit der Erzwingung der letzteren der Grund der Scheidung geblieben, und nur die Aenderung eingetreten, daß die Hartnäckigkeit dieser Verweigerung nicht mehr durch die Erfolglosigkeit der angewendeten Zwangsmittel, sondern das zum mindesten ein Jahr andauernde Widerstreben gegen das auf Herstellung des ehelichen Lebens lautende Urteil, durch welches, wie durch die Zwangsgrade, dem deserierenden Teile die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens zum Bewußtsein gebracht werden soll, festgestellt wird. Wie aber der Erfolglosigkeit der Anwendung der Zwangsgrade unerachtet Scheidung ausgeschlossen war, wenn sich der deserierende Ehegatte nachträglich zur Fortsetzung des ehelichen Lebens bereit zeigte, so muß das gleiche gelten, wenn derselbe dem auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Urteile erst nach Ablauf der Jahresfrist Folge leistet, weil er auch im letzteren Falle durch sein Verhalten zur Genüge zu erkennen gibt, daß seine bisherige Weigerung der zur Scheidung erforderlichen Hartnäckigkeit ermangelt. Hierfür spricht auch der laut Ehegerichtsordnung II, 13 § 6 bei der eigentlichen Desertion geltende Grundsatz, wornach gegen den Desertor, der auf die erlassene Ladung noch vor der Urteilsfällung erscheint, und sich zur Herstellung des ehelichen Lebens erbietet, selbst beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen keine Scheidung erkannt werden soll. Es darf sich daher für die Ansicht, wornach eine bis zum Ende der Jahresfrist andauernde Verweigerung der Gemeinschaft zur

1) Bei Stiegele S. 251 cit. ff.

Scheidung genügen soll, nicht auf den Wortlaut des Gesetzes berufen, es muß vielmehr angenommen werden, daß dasselbe den regelmäßigen Fall, in welchem die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft noch nach dem Ablauf der einjährigen Frist fortdauert, im Auge hat, und den selteneren Fall, in welchem dem Urteil erst nach Umfluß dieser Frist Folge geleistet wird, nicht berücksichtigt. Die angestellte Scheidungsklage ist demgemäß nicht begründet, falls Beklagte die eheliche Gemeinschaft nicht auch noch nach Umfluß der einjährigen Frist verweigert hat [1]).

II. Nach dem festgestellten Sachverhalt hatte Beklagte, um eine Aussöhnung mit ihrem Ehemann herbeizuführen und die eheliche Gemeinschaft mit demselben herzustellen, sich zu ihm in seine Wohnung zurückbegeben. Derselbe war verbunden, seine Ehefrau, welche anläßlich einer ihr von ihm zugefügten Mißhandlung sich von ihm getrennt hatte, und auf seinen Antrag zur Rückkehr zu ihm verurteilt worden war, bereitwillig bei sich aufzunehmen, in Erwiderung ihres Entgegenkommens ihr mit aller Versöhnlichkeit zu begegnen, und ihr diejenige Behandlung angedeihen zu lassen, welche sie als seine Ehefrau mit Rücksicht auf ihr Alter und ihren durch die vorgelegten Zeugnisse für fragliche Zeit zur Genüge festgestellten, auch nicht bestrittenen, leidenden Zustand zu beanspruchen hatte. Er hat jedoch die Beklagte abstoßend empfangen, ihrem Ansinnen, zu gestatten, daß von den unbestritten in seiner Haushaltung vorrätigen Betten die zu ihr und ihrer Wärterin Gebrauch nötigen Stücke hergerichtet werden, ohne Grund nicht entsprochen, bezüglich der verlangten Aufstellung einer Wärterin, welche nach dem ärztlichen Zeugnis und mit Rücksicht darauf, daß er keinen Dienstboten zu halten pflegte, wie schon der Unterrichter gezeigt hat, notwendig erschien, die von der Beklagten zur Versehung dieser Stellung mitgebrachte N. beanstandet, ohne gleichzeitig für sofortige Wahl einer anderen geeigneten Person an deren Stelle zu sorgen, im Gegenteil die

---

1) Lang, Personenrecht cit. S. 456 Anm. 7, auch Motive des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich Bd. 4 S. 591 f.

Bestellung einer Wärterin durch den Hinweis auf das ungenügende Auskunftsmittel, er könne seine Frau selbst verpflegen, zurückgewiesen, und aus diesem Anlaß die rohe Aeußerung fallen lassen, er wolle seine Frau selbst beobachten und sehen, wie sie sterbe; er hat dabei die Beklagte in kränkender Weise mit Vorwürfen überhäuft, namentlich was seine Gesinnung besonders kennzeichnet, ihren Gehorsam gegen das von ihm ausgewirkte Urteil auf Rückkehr als Beweis ihrer Charakterlosigkeit, Schlechtigkeit und Liederlichkeit hingestellt. Hienach war das vom Kläger nach der Rückkehr seiner Ehefrau beobachtete Verhalten nicht, wie dies seine Schuldigkeit gewesen, auf Herbeiführung der Aussöhnung mit seiner Ehefrau, sondern lediglich darauf gerichtet, dieselbe so bald als möglich wieder loszuwerden und das bereits eingeleitete Scheidungsverfahren vollends durchzuführen. Wenn nun Beklagte unter diesen Umständen das Haus des Klägers, übrigens in der erklärten Absicht, wieder dorthin zurückzukehren, verließ, so hat Beklagte ihre auch seitdem festgehaltene Bereitwilligkeit zur Herstellung des ehelichen Lebens zur Genüge an den Tag gelegt, und fällt die Schuld an der Fortdauer der Trennung lediglich auf den Kläger.

III. Kläger bestreitet zwar die Ernstlichkeit der Absicht der Beklagten, sich mit ihm zu versöhnen, und es scheint hierfür auch zu sprechen, daß Beklagte im Vorprozeß die Rückkehr zu ihrem Ehemann, insbesondere wegen der ihr widerfahrenen, die Ursache der Trennung bildenden Mißhandlung verweigert hat, und kaum auf eine Sinnesänderung bei demselben hoffen konnte, daher auch ihrerseits keinen Anlaß zu einer Sinnesänderung hatte, daß sie ferner nicht innerhalb Jahresfrist von der Rechtskraft des sie zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisses, sondern erst nach Zustellung der auf Scheidung gerichteten Klage einen Versuch zur Herstellung des ehelichen Lebens mit ihrem Manne, obwohl sie früher hieran durch Krankheit nicht gehindert gewesen wäre, gemacht hat, was darauf hindeutet, daß sie mit diesem Versuch zunächst den Eintritt der Scheidung und der hiermit verbundenen vermögensrechtlichen Nachteile abzuwenden oder wenigstens zu ver-

zögern bestrebt war. Allein wenn man erwägt, daß sie dem sie zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisse sich freiwillig durch Berufungsverzicht unterworfen, und offenbar schon dadurch ihre Geneigtheit zur Befolgung desselben ausgesprochen hat, daß sie dies auch beim Sühneversuch gethan hat und die von ihr hierbei gestellten Bedingungen mit der ernstlichen Absicht, zurückzukehren, keineswegs unvereinbar sind, daß ferner das bei dem Rückkehrversuch von Ende November 1887 zunächst unterlassene Mitbringen von Bett und Hausrat in der nach dem bisherigen Verhalten des Klägers vorauszusehenden Erfolglosigkeit dieses Versuchs genügende Erklärung findet, daß sie endlich nach der jetzigen Sachlage, falls sie sich nicht zur Herstellung des ehelichen Lebens mit dem Kläger herbeiläßt, die Scheidung zu gewärtigen hat, und unter obwaltenden Umständen in der ersteren das kleinere Uebel zu erblicken Grund haben mag, so kann man die Ernstlichkeit ihrer Bereitwilligkeit zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft um so weniger bezweifeln, als sie dieselbe nicht bloß wörtlich erklärt, sondern durch einen mehrere Tage hindurch fortgesetzten, nach dem Ausgeführten vom Kläger vereitelten Versuch an den Tag gelegt hat.

IV. Hat die Beklagte, wenn auch erst nach Ablauf eines Jahrs von der Rechtskraft des Urteils auf Herstellung des ehelichen Lebens an, das Ihrige zu dieser Wiederherstellung gethan, so trifft sie nicht der Vorwurf, daß sie diesem Urteile zuwider die eheliche Gemeinschaft verweigert habe.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 9. November 1888 in Sachen F. c. F.

21.

Quasidesertion. Erbieten zur Rückkehr. Ernstlichkeit dieser Absicht.

Der Ehemann hat gegen seine Ehefrau Scheidungsklage erhoben, nachdem dieselbe dem sie zur Herstellung des ehelichen Lebens verpflichtenden Urteil über ein Jahr lang nicht nachgekommen war. Erst in 2. Instanz hat sich die Ehefrau zur

Rückkehr zu ihrem Ehemann erboten und behauptet, einen Versuch hierzu gemacht zu haben, welcher aber von ihrem Ehemann zurückgewiesen worden sei. Die Ehe wurde wegen Quasidesertion seitens der Beklagten geschieden.

Gründe:

Der von der Beklagten am 12. Februar l. J. gemachte Versuch, das eheliche Leben mit dem Kläger herzustellen, kann nicht als ein ernstlicher angesehen werden.

Beklagte hatte sich unterm 18. Oktober 1886 von ihrem Ehemann getrennt, ohne daß sie seitdem einen Versuch zur Wiedervereinigung mit demselben gemacht hätte, dem sie zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisse beharrlichen Ungehorsam entgegengesetzt, nach Erlassung dieses Urteils gegen ihren Ehemann Klage auf Herausgabe ihrer beigebrachten Fahrnis, soweit sie solche noch nicht zurückerhalten, durchgeführt und dadurch ihren Entschluß, diesem Urteil nicht Folge zu leisten, deutlich genug an den Tag gelegt, auch noch im Laufe des Scheidungsprozesses in voriger Instanz sich nur für den Fall, daß Kläger eine getrennte Wohnung habe, somit unter einer Bedingung, welche ihr Ehemann im Hinblick auf das ihr wohlbekannte, seinen Eltern in dessen Haus zustehende dingliche Wohnungsrecht zu erfüllen außer Stande war, zur Fortsetzung des ehelichen Lebens bereit erklärt.

Bei dieser hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft seitens der Beklagten ist aber nicht erklärlich, wie dieselbe auf einmal zu dem Entschlusse, die Ehe wieder fortzusetzen, gekommen sein sollte. Sie hat zwar als Grund dieser Sinnesänderung bezeichnet, sie habe sich durch die Beweisaufnahme und das erstrichterliche Urteil überzeugt, daß sie ihrem Ehemann einen Ehebruch nicht nachweisen könne; allein der Verdacht des Ehebruchs war nicht der wahre Grund, aus welchem Beklagte bisher die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verweigerte. Denn es hatte Beklagte längst, bevor Kläger im Juni 1887 die N., mit welcher er Ehebruch getrieben haben soll, als Haushälterin annahm und damit der Beklagten Anlaß zu diesem Verdachte gab, den Kläger verlassen und bei dem der

Scheidungsklage vorangegangenen amtsgerichtlichen Sühneversuch vom 6. Juni 1888 den angeblichen Ehebruchsverdacht als Grund ihres Getrenntlebens gar nicht erwähnt, während sie doch ihren eigenen Angaben zufolge schon im Septbr. 1887 von einem solchen Ehebruch Kenntnis gehabt haben will. Hat aber dieser Ehebruchsverdacht nicht die wahre Ursache des Getrenntlebens der Beklagten gebildet, so läßt sich ihre Sinnesänderung nicht mit dem Wegfall dieses Verdachts erklären.

Weiter sprechen die näheren Umstände, unter welchen Beklagte sich am 12. Februar zur Fortsetzung des ehelichen Lebens erboten hat, gegen die Ernstlichkeit dieser Absicht. Wollte Beklagte, nachdem Kläger sich schon beim Sühneversuch auf die seiner Meinung nach ihrer Rückkehr im Wege stehende Verstreichung der einjährigen, von der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens an laufenden Frist sich berufen hatte, und in erster Instanz die Scheidung seiner Ehe wegen Quasidesertion der Beklagten ausgesprochen worden war, noch einen Versuch der Wiedervereinigung mit ihrem Ehemanne machen, so hätte sie zunächst die Verzeihung des Klägers wegen des gegen ihn ganz grundlos erhobenen Ehebruchsverdachts auswirken, sich ihrer Wiederaufnahme durch denselben versichern und dann erst mit ihren früher zurückerhaltenen Beibringensteilen in dessen Haus zurückkehren sollen. Statt dessen ist Beklagte, auch wenn man ihre eigenen Angaben über den Vorgang vom 12. Februar zu Grunde legt, ohne jegliche vorangegangene Anzeige und ohne sich mit der zum Verbleiben im Hause des Klägers nötigen Fahrnis zu versehen, in Gesellschaft Dritter vor dem Gasthause des gerade abwesenden Klägers angefahren, hat sich wie ein Wirtschaftsgast in der Mitte der vielen anwesenden Gäste aufgehalten, Speisen und Getränke bestellt und solche bezahlt und ist, nachdem der nach ihrem mehrstündigen Aufenthalt heimkehrende Kläger der ihm von ihrer Absicht, künftig mit ihm zu leben, gemachten Mitteilung unerachtet ihr ausgeboten hatte, mit ihrer Begleitung wieder heimgefahren. Dieses in die Zwischenzeit zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und den Verhandlungstermin

fallende Verhalten der Beklagten erweckt den dringenden Verdacht, sie habe diesen Versuch in der Erwartung, ihr Mann werde ihr die Aufnahme verweigern, lediglich zu dem Zwecke gemacht, um in dem anhängigen Scheidungsprozesse den Schein hervorzurufen, als ob nicht sie, sondern ihr Ehemann der die Fortsetzung der Ehe verweigernde Teil sei.

Hienach vermochte man den Angaben der Beklagten über ihre angebliche Sinnesänderung keinen Glauben beizumessen, erachtete vielmehr, ohne daß es des Eingehens auf die von der Beklagten für den Vorgang vom 12. Februar angebotenen Beweismittel bedurfte, als erwiesen, daß der Wille der Beklagten, das eheliche Leben mit dem Kläger fortzusetzen, nicht ernstlich gemeint ist. War demgemäß aus diesem Grunde dem Vorgang vom 12. Februar Bedeutung nicht beizulegen, so erscheint die Klage auf Ehescheidung wegen Quasidesertion als begründet, weil Beklagte mindestens ein Jahr lang nach eingetretener Rechtskraft des sie zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisses die eheliche Gemeinschaft verweigert hat.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 12. April 1889 in Sachen W. c. W.

22.

Quasidesertion und Ehebruch.

Die Klägerin hat gegen ihren Ehemann ein Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens erwirkt. Dieses Urteil wurde am 1. September 1885 rechtskräftig. Der Ehemann hat auch seither diesem Urteil keine Folge geleistet. Ehe jenes Urteil rechtskräftig wurde, hat die Ehefrau einen Ehebruch begangen, von welchem der Ehemann erst später Kenntnis erhielt. Nach Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des erwähnten Urteils hat die Ehefrau Klage auf Scheidung wegen Quasidesertion erhoben. Der Beklagte verlangte widerklagend Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs seiner Ehefrau. Die Klage wurde abgewiesen und dem Antrag in der Widerklage gemäß erkannt.

Gründe:

Infolge des der Klägerin Widerbeklagten zur Last fallenden Ehebruchs erscheint der Antrag des Beklagten Widerklägers auf Scheidung der Ehe als begründet [1]).

Denn der vom vorigen Richter aufgestellte Satz, daß der auf den Ehebruch gestützte Scheidungsanspruch durch die Quasidesertion des auf Scheidung klagenden Ehegatten zerstört oder an der Entstehung gehindert werde, ist nicht zu billigen. Zwar ist, wie sowohl das vormalige Obertribunal als auch das Oberlandesgericht schon mehrfach ausgesprochen hat [2]), dem verlassenen Ehegatten trotz des von ihm begangenen Ehebruches nicht verwehrt, sein Klagerecht wegen böslicher Verlassung geltend zu machen. Die Thatsache des eigenen Ehebruchs steht — wird angenommen — nicht, wie der Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs, so auch der Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung entgegen, so daß sie von Amtswegen zu berücksichtigen wäre. Insofern ist es nicht unrichtig, wenn einzelne Schriftsteller davon reden, daß der Ehebruch bei der Scheidung wegen böslicher Verlassung Entschuldigung finde [3]).

Allein weiterzugehen und anzunehmen, daß gegenüber dem deserierenden Gatten der Ehebruch nicht als rechtswidrig gelte, daß hienach dem durch den Ehebruch beleidigten deserierenden Gatten gar kein Klagerecht zustehe, läßt sich weder aus den Vorschriften der württemb. Eheordnung (Kap. VI, § 3), noch auch (wie dies in den Gründen zu dem Urteile des I. Senats vom 27. November 1886 in Sachen M. g. M. des näheren ausgeführt worden ist) aus denen des kanonischen Rechtes rechtfertigen. Ein solcher Satz ist denn auch von den das württemb. Eherecht der Evangelischen behandelnden Schriftstellern niemals aufgestellt worden [4]).

---

1) Ehe-O. Kap. VI, § 2, Ehe-G.O. p. II Kap. IX, § 1.

2) vgl. auch Hauber, württemb. Eher. d. Evang. § 163.

3) cum deserens huic adulterio causam et occasionem dederit, wie Hochstetter in seinem compendium juris matrimonialis p. 74 f. § 12 sagt.

4) vgl. Hochstetter a. a. O. p. 65, § 6. Hauber a. a. O. §§ 190, 191.

Macht aber der Beklagte von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch, indem er auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs der Klägerin klagt, so kann auch von einem arglistigen Verhalten seinerseits keine Rede sein: daß Beklagter die Klägerin zum Ehebruch verleitet oder ihr solchen wenigstens gestattet habe, ist nicht behauptet.

Ist hienach der Antrag des Beklagten Widerklägers auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs der Klägerin begründet, so kann die Ehe nicht daneben auch noch wegen Quasidesertion des Beklagten geschieden werden. Dem Urteile, durch welches die Scheidung der Ehe wegen Quasidesertion ausgesprochen wird, liegt die Feststellung zu Grunde, daß der desertierende Gatte mit Unrecht die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft oder die Leistung der ehelichen Pflicht verweigere. Von einer grundlosen Weigerung des Beklagten, das eheliche Verhältnis fortzusetzen, kann aber nicht die Rede sein, wenn seinem Antrage auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs der Klägerin stattgegeben wird.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 2. Juni 1887 in Sachen W. c. W.

23.

Quasidesertion. Die Klage wird durch einen vom Kläger begangenen Ehebruch ausgeschlossen.

Der Ehemann, welcher, wie auch seine Ehefrau, der evangelischen Konfession angehört, hat gegen diese ein am 2. Juli 1885 rechtskräftig gewordenes Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens erwirkt und klagt gegen dieselbe, da sie seitdem die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verweigert hat, auf Ehescheidung wegen Quasidesertion. Die Ehefrau erhebt Widerklage auf Scheidung, weil sich ihr Ehemann erwiesenermaßen am 24. Oktober 1886 eines Ehebruchs schuldig gemacht habe.

Die Klage auf Scheidung wegen Quasidesertion wurde abgewiesen, dagegen die Ehe der Parteien auf die Widerklage

der Ehefrau wegen Ehebruchs des Ehemanns dem Bande nach getrennt.

Gründe:

I. Nach Art. 7 des zur Ausführung des Reichsgesetzes über die Beurkundung des Personenstandes erlassenen Gesetzes vom 8. August 1875 wird zur Scheidung wegen Quasidesertion erfordert, daß der deserierende Teil zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt ist, und während eines Zeitraums von einem Jahr vom Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils an die eheliche Gemeinschaft ohne Grund verweigert hat. Indem dieses Gesetz davon ausgeht, daß ein Ehegatte, welcher dem ihn zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verpflichtenden Urteil mindestens ein Jahr lang Ungehorsam entgegengesetzt hat, diejenige beharrliche Widerspenstigkeit gegen die Fortsetzung der Ehe an den Tag lege, welche eine Scheidung dem Bande nach rechtfertige, verlangt dasselbe, daß diese Widerspenstigkeit von dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf Herstellung des ehelichen Lebens bis zur Scheidung fortgedauert haben und zum mindesten ein Jahr in der Mitte liegen müsse. Es darf daher diese Fristbestimmung nicht in dem Sinne verstanden werden, daß, wenn seit der Rechtskraft des Urteils auf Herstellung des ehelichen Lebens ein längerer Zeitraum als ein Jahr abgelaufen, es zur Scheidung genüge, wenn der renitente Teil auch nur bis zum Ende dieses Jahres ungehorsamer Weise die eheliche Gemeinschaft verweigert habe, und zur Zeit der Entscheidung über das Scheidungsbegehren des anderen Teils nicht mehr grundloser Weise von demselben getrennt lebe, da bei dieser Auslegung Scheidung wegen Quasidesertion noch zu einer Zeit zulässig wäre, in welcher das Verhalten des bisher renitenten Ehegatten sich nicht mehr als bösliches Verlassen darstellt. Die Zulässigkeit dieser Scheidung setzt demgemäß nach dem angeführten Art. 7 voraus, daß die grundlose Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens nicht bloß ein Jahr lang vom Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens an gerechnet, sondern auch in der Folgezeit bis zur Entscheidung über das Scheidungsbegehren fortgedauert habe.

Die Ansicht des Berufungsbeklagten, wornach es zur Scheidung an der Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens während der Dauer eines Jahres genügen soll, findet in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes keine Unterstützung, und es spricht gegen diese Ansicht noch besonders die auch für die Quasidesertion geltende Bestimmung der Ehegerichtsordnung Tl. II c. 13 § 6, wornach der Desertor sich noch in dem zur Verhandlung über den Scheidungsantrag anberaumten Termine zur Herstellung des ehelichen Lebens erbieten, dadurch die in der böslichen Verlassung liegende Verletzung der Ehe thatsächlich wieder aufheben und die Scheidung abwenden kann.

II. Während hienach zur Scheidung wegen Quasidesertion Fortdauer des grundlosen Getrenntlebens des deserierenden Ehegatten bis zum Zeitpunkte der Scheidung erforderlich ist, hat im vorliegenden Falle dieses Getrenntleben der Berufungsklägerin, durch den in der Zwischenzeit verübten Ehebruch des Berufungsbeklagten den Charakter der Quasidesertion verloren.

Aus der Bestimmung der Ehe-G.O. T. II c. 9 § 1, nach welcher die Thätigkeit des Eherichters im Falle der Verübung eines Ehebruchs, abgesehen von der Scheidung, im Gegensatz zu Ehe-G.O. T. II c. 10 § 1 und T. II c. 13 § 1 unter Ausschluß von Zwangsmitteln auf die Herbeiführung der Versöhnung zwischen dem ehebrüchigen und dem unschuldigen Teile, mögen dieselben getrennt leben oder nicht, beschränkt ist, geht hervor, daß der erstere gegen den letzteren die nach den Bestimmungen der Ehegerichtsordnung ohne Zwangsmittel nicht durchführbare Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht erheben kann [1]).

Ist nun gleich Berufungsklägerin zur Herstellung des ehelichen Lebens mit ihrem Ehemann verurteilt, so hat doch der letztere nach dem angeführten Grundsatze der Ehegerichtsordnung durch den Ehebruch sein Recht auf diese Herstellung verwirkt, und es erscheint ihr Getrenntleben vom Berufungs-

1) Dies wird in Uebereinstimmung mit der Entscheidung in Sachen K. c. K. vom 24. Juni 1887 — s. S. 269 oben — ausgeführt.

beklagten jedenfalls von dem Zeitpunkte an, in welchem sie von diesem Ehebruche Kenntnis erhalten hat, nicht mehr als Ungehorsam gegen dieses Urteil, ihre Weigerung zu ihrem Ehemann zurückzukehren, ist von da an nicht mehr eine ungerechtfertigte und erscheint nicht mehr als Quasidesertion.

Der Anspruch des Berufungsbeklagten auf Scheidung wegen Quasidesertion erscheint daher als unbegründet.

III. Die von der Berufungsklägerin erhobene Widerklage auf Scheidung wegen Ehebruchs ist begründet, wie der vorige Richter ausgeführt hat. Dieser Ehebruch findet keine Entschuldigung in dem Getrenntleben der Berufungsklägerin und der hiemit verbundenen Verweigerung der ehelichen Pflicht seitens derselben. Denn es hat der Grundsatz, wornach die bloße Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens seitens des einen Ehegatten den Ehebruch des anderen entschuldigen soll, in der württemb. Ehegerichtsordnung keine Anerkennung gefunden, und es ist derselbe ebensowenig im kanonischen Rechte begründet, wie in der diesseitigen Rechtssprechung wiederholt zum Ausdruck gekommen ist [1]).

Urteil des I. Senats in Sachen H. c. H. vom 12. Juli 1887.

24.

Verhältnis der Quasidesertion und des Ehebruchs. Ist die Erhebung einer Widerklage auf Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs in 2. Instanz zulässig?

Die Parteien, welche beide der evangelischen Konfession angehören, haben sich am 27. Juli 1886 geehelicht. Es hat sich jedoch die beklagte Ehefrau schon im Dezember desselben Jahres von ihrem Ehemann getrennt. Am 7. Mai 1887 erging ein Urteil gegen die Beklagte, welches dieselbe zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens mit dem Kläger verpflichtete. Dieses Urteil ist rechtskräftig; die Beklagte aber hat demselben

1) Zu vergl. Württ. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 310.

keine Folge geleistet, weshalb der Ehemann Scheidungsklage wegen Quasidesertion gegen seine Ehefrau erhob. Durch Urteil der Civilkammer vom 12. Juni 1888 wurde die Ehe wegen Quasidesertion von Seiten der Beklagten dem Bande nach geschieden. Hiegegen legte die Letztere Berufung ein, sie beantragte in 2. Instanz Abweisung der Vorklage und stellte widerklagend das Gesuch, es möchte die Ehe der Parteien wegen Ehebruchs des Klägers geschieden werden. Das erstrichterliche Urteil vom 12. Juni 1888 sei nach der damaligen Sachlage begründet gewesen. Sie habe aber nachträglich erfahren, daß sich ihr Ehemann im Mai 1888 eines Ehebruchs schuldig gemacht habe. Dieser Ehebruch ist erwiesen. Hierauf wurde die Vorklage des Ehemanns abgewiesen, in der Widerklage aber die Ehe der Parteien wegen Ehebruchs des Klägers, Widerklagten, dem Bande nach geschieden.

Gründe:

I. Die Zulässigkeit der in der Berufungsinstanz erhobenen Widerklage unterliegt keinem Anstande.

Der Grundsatz des § 574 Abs. 1 der C.Pr.O., wornach in Ehesachen bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, auch andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden können, findet auch in der Berufungsinstanz Anwendung, wie aus der allgemeinen Fassung des § 574, dessen Stellung im Systeme, dem Grunde dieser Bestimmung, der Vervielfältigung der Prozesse entgegen zu wirken, sowie der Entstehungsgeschichte dieses § hervorgeht [1]). Das Gleiche muß im Eheverfahren von Erhebung einer Widerklage, welche auch im ordentlichen Verfahren erster Instanz bis zum Schlusse der mündlichen, die Grundlage des Urteils bildenden Verhandlung erhoben werden kann, (C.P.O. § 251), gelten [2]).

Will man dieser Ansicht nicht beitreten, und die Anwendung

1) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 8 S. 351 f. u. in Seuffert, Arch. Bd. 38 Nr. 189 u. 364.

2) Uebereinstimmend Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 8 S. 351 cit. u. vollständiger im Reichsanzeiger von 1883 Beil. 2.

des § 574 auf die Erhebung einer Widerklage für ausgeschlossen erachten, so ergibt sich die Zulässigkeit der von der Beklagten erhobenen Widerklage jedenfalls aus der Bestimmung des § 575 in Verbindung mit § 574 und 576 der C.P.O. Obwohl nämlich der § 575 der C.P.O. darüber sich ausspricht, welche Klagen im Eheverfahren verbunden oder im Wege der Widerklage geltend gemacht werden können, aber eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht enthält, bis zu welchem Zeitpunkte die bezeichneten Klagen sollen verbunden oder im Wege der Widerklage erhoben werden können, so ist doch die in § 574 Abs. 1 bezeichnete Zeitgrenze für die Nachholung von Klagegründen auf die in § 575 zugelassene Klagverbindung und Erhebung einer Widerklage wenigstens insoweit anzuwenden, als die Ausschlußwirkung des § 576 reicht. Denn nach dieser letzteren Bestimmung wird der mit der Ehescheidungsklage abgewiesene Kläger nicht bloß mit Klagegründen für die abgewiesene Klage, sondern auch mit solchen Thatsachen für einen späteren Rechtsstreit ausgeschlossen, welche er nach § 575 mittelst Verbindung einer anderen Klage mit der abgewiesenen oder im Wege der daselbst zugelassenen Widerklage geltend zu machen in der Lage war. Dadurch, daß in diesem § 576 die Nachbringung weiterer Klagegründe neben der Klageverbindung und Erhebung einer Widerklage aufgeführt und gleichheitlich behandelt ist, hat das Gesetz der auch aus der Entstehungsgeschichte der § 574 ff. ersichtlichen Absicht hinreichenden Ausdruck gegeben, daß die Zeitbestimmung des § 574 wenigstens insoweit, als die angeführten beiden Fälle in § 576 eine gleichmäßige Behandlung erfahren haben, auch auf die Fälle des § 575 zur Anwendung kommen und damit die in der dem Eheverfahren eigentümlichen Ausschlußwirkung des § 576 liegende Härte, wie in § 574 in bezug auf die Verbindung mehrerer Klaggründe geschehen, so auch hinsichtlich der Klagverbindung und Erhebung einer Widerklage gemildert werden solle. Demgemäß ist die Beklagte, da sie im Falle der Abweisung der Scheidungsklage des Klägers den ihrem Ehemann zur Last gelegten, ihre Widerklage zu begründen geeigneten

Ehebruch nach § 576 als selbständigen Klagegrund nicht mehr geltend zu machen vermöchte, diese Widerklage noch in der Berufungsinstanz zu erheben berechtigt [1]).

II. Zur Begründung der Scheidungsklage wegen Quasidesertion ist nicht, wie es nach dem Wortlaut des Art. 7 des Ausführungsgesetzes zum Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 den Anschein hat, genügend, daß der deserierende Ehegatte ein Jahr lang von dem Eintritt der Rechtskraft des ihn zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilenden Erkenntnisses an gerechnet die eheliche Gemeinschaft ohne Grund verweigert hat, es ist vielmehr Fortdauer dieser grundlosen Verweigerung bis zum Scheidungsurteile erforderlich. Nach den Bestimmungen der Ehe-G.O. T. I Kap. 7, T. II Kap. 10 § 1, Kap. 13 § 1 und 2 konnte nämlich Scheidung wegen Quasidesertion nur erkannt werden, wenn sich alle Versuche zur Wiederherstellung des ehelichen Lebens erfolglos erwiesen hatten, der deserierende Ehegatte die Zwangsgrade ohne Erfolg erstanden hatte, und damit die die Scheidung begründende „pertinax, perpetua und incorrigibilis denegatio debiti conjugalis" festgestellt war, es war dagegen diese Scheidung ausgeschlossen, wenn der deserierende Ehegatte auch erst nach Erstehung der Zwangsgrade nicht mehr grundloser Weise von dem anderen Ehegatten getrennt lebte [2]). Wenn nun auch an Stelle dieser Zwangsgrade mit Aufhebung derselben nach dem angeführten Art. 7 das Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens in Verbindung mit dem Ablauf eines Jahres von der Rechtskraft dieses Urteils an getreten ist, so ist doch, abgesehen von dieser Aenderung, wie die Motive zu dem angeführten Art 7 [3]) ausdrücklich besagen, im Uebrigen der dem Quasidesertionsprozeß zu Grunde liegende Gedanke unverändert geblieben und nur die Aenderung eingetreten, daß die Hartnäckigkeit der fortdauernden Ver-

1) Entscheidg. des Oberlandesgerichts II. Civilsenat — bei Seuffert Arch. Bd. 41 Nr. 152, ferner daselbst Bd. 38 Nr 190 I.

2) Sarwey, Monatsschrift Bd. 10 S 34, Bd. 18 S. 134. Lang, Personenrecht, Aufl. 2. S. 444 Anm. 41.

3) Stiegele, Reichsgesetz über Beurkundung rc. S 251.

weigerung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr durch die Erfolglosigkeit der angewendeten Zwangsmittel, sondern das zum mindesten ein Jahr andauernde Widerstreben gegen das auf Herstellung des ehelichen Lebens lautende Urteil, durch welches, wie durch die Zwangsgrade, dem deserierenden Teile die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens zum Bewußtsein gebracht werden soll, festgestellt wird. Es liegt daher dem Art 7 cit. diejenige Auffassung der Scheidung wegen Quasidesertion zu Grunde, nach welcher die Fortdauer der hartnäckigen Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft und die hiedurch bewirkte Unmöglichkeit der Erzwingung der letzteren, und nicht das in der Vergangenheit liegende, in dem während Jahresfrist an den Tag gelegten Ungehorsam gegen das genannte Urteil bestehende schuldvolle Verhalten den Grund dieser Scheidung bildet. Für diese Auffassung spricht auch der laut Ehe-G.O. II Kap. 13 § 6 bei der eigentlichen Desertion geltende Grundsatz, wornach gegen den Desertor, der auf die erlassene Ladung noch vor der Urteilseröffnung erscheint und sich zur Herstellung des ehelichen Lebens erbietet, selbst beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen keine Scheidung erkannt werden soll. Demgemäß ist Scheidung wegen Quasidesertion dann ausgeschlossen, wenn der deserierende Ehegatte zwar auch noch nach Umfluß der Jahresfrist das Zusammenleben verweigert, diese Verweigerung aber nicht mehr als eine grundlose erscheint [1]).

III. Hat sich der Kläger des von der Beklagten in ihrer Widerklage geltend gemachten Ehebruchs schuldig gemacht, so hat hiedurch das Getrenntleben der Beklagten für die Folgezeit den Charakter der Quasidesertion verloren. Denn aus der Bestimmung der Ehe-G.O. T. II Kap. 9 § 1, nach welcher im Falle der Verübung eines Ehebruchs die Thätigkeit des Eherichters, von der Scheidung abgesehen, im Gegensatz zu Ehe-G.O. T. II Kap. 10 § 1 und T. II Kap. 13 § 1 unter Ausschluß von Zwangsmitteln auf die Herbeiführung der Ver-

---

1) Lang, Personenrecht cit. S. 456 Anm. 7, auch Motive des Entw. eines bürgerl. Gesetzbuchs für das deutsche Reich Bd. 4 S. 591 f.

söhnung zwischen dem ehebrüchigen und unschuldigen Teile, mögen dieselben getrennt leben oder nicht, beschränkt ist, geht hervor, daß der erstere gegen den letzteren die nach den Bestimmungen der Ehegerichtsordnung ohne Zwangsmittel nicht durchführbare Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht erheben kann [1]). Dieser aus der Ehegerichtsordnung sich ergebende Grundsatz stimmt überein mit der Bestimmung des kanonischen Rechts, wornach der ehebrüchige Teil vom unschuldigen das Zusammenleben zu verlangen nicht berechtigt ist [2]), wogegen daraus, daß das protestantische Eherecht dem unschuldigen Teile wegen Ehebruchs des anderen an der Stelle des Rechts auf ständige Trennung zu Tisch und Bett das Recht auf Scheidung dem Bande nach einräumte, nicht abgeleitet werden kann, es habe hiedurch dem ehebrüchigen Teile die ihm nach dem kanonischen Rechte zustehende Befugnis, die Herstellung des ehelichen Lebens vom unschuldigen zu verlangen, eingeräumt werden wollen.

Jedenfalls aber kann, falls der eine Ehegatte einen Ehebruch verübt hat, dem anderen die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dann nicht mehr zugemutet werden, wenn der letztere hiewegen Antrag auf Scheidung gestellt hat, es bildet vielmehr dieser Ehebruch in Verbindung mit dem hiewegen gestellten Scheidungsbegehren für den nicht ehebrüchigen Gatten einen gerechten Grund zum ferneren Getrenntleben. Im vorliegenden Falle kann daher Beklagte, woferne Kläger sich des ihm zur Last gelegten Ehebruchs schuldig gemacht hat, für die Folgezeit nicht mehr als zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft verpflichtet und als renitierend betrachtet werden. Unter dieser Voraussetzung erscheint vielmehr der Antrag des Klägers auf Scheidung wegen Quasidesertion als unbegründet, dagegen

1) Hochstetter, Compend. jur. matr. c. 13 § ult. Sarwey, Monatschrift Bd. 17 S. 281 f. Lang, Personenrecht, S. 442 Anm. 28. Hauber, Eherecht S. 52 Nr. 192 Anm.

2) c. 4 X. de divort. 4, 19, c. 15. 16. X. de convers., conjugat. 3, 32.

der der Beklagten auf Scheidung wegen Ehebruchs nach Maßgabe von Ehe=G.O. T. II Kap. 9 § 1 als gerechtfertigt.

Urteil des I. Civilsenat des Oberlandesgerichts v. 11. Januar 1889 in Sachen H. c. H.

25.

Scheidung wegen böslicher Verlassung. Dieselbe setzt eine schuldhafte Verlassung voraus.

Eine Ehefrau hat ihren Ehemann verlassen, wie als erwiesen angenommen wurde, in geisteskrankem Zustand, und um sich das Leben zu nehmen. Von ihrem ferneren Verbleib und von ihrem Leben oder Tod wurde nichts bekannt. Die Klage auf Scheidung wegen böslicher Verlassung wurde abgewiesen.

Gründe:

Das bösliche Verlassen seitens eines Ehegatten besteht in einem auf thatsächliche Lösung der Ehe gerichteten, somit unerlaubten widerrechtlichen Handeln. Ein solches Handeln ist ausgeschlossen, wenn der Geisteszustand des deserierenden Ehegatten es nicht erlaubt, ihn für die Folgen seines Handelns verantwortlich zu machen, wenn er bei seiner Entweichung nicht zurechnungsfähig gewesen ist. Es ist erwiesen, daß die Entfernung der Beklagten auf Schwermut, einer krankhaften die Freiheit ihres Handelns ausschließenden Störung ihrer Willensthätigkeit zurückzuführen ist und ihr deshalb nicht zur Schuld angerechnet werden kann. Es hat sonach Kläger nicht dargethan, daß Beklagte zur Zeit ihrer Entfernung den zur böslichen Verlassung erforderlichen widerrechtlichen Willen besessen habe und es erscheint daher die auf Scheidung wegen böslicher Verlassung gerichtete Klage als unbegründet.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 7. Oktober 1887 in Sachen B. c. B.

26.

Voraussetzungen der Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den Gründen des die Scheidung aussprechenden Urteils:

Der Beklagte hat sich im Frühjahr 1877 von der Klägerin getrennt und nach Amerika begeben, wie durch die vorgelegten Zeugnisse der Behörden seines früheren Aufenthaltsorts, des Frembenbureau's in Stuttgart vom 23. Juni 1885 und des Schultheißenamts M. vom 3. und 13. Juli in Verbindung mit den glaubhaften Angaben der Klägerin erwiesen ist.

Mag auch infolge des Schulden halber erfolgten Verkaufs seines zu seinem Gewerbebetrieb als Bäcker notwendigen Hauses sein Zusammenleben mit Frau und Kind insolange, bis er wieder Arbeit gefunden, und sich eine neue Existenz gegründet hatte, vorübergehend mit Schwierigkeiten verbunden gewesen sein, so rechtfertigte doch dieser Umstand entfernt nicht, daß Beklagter ohne Zustimmung seiner Ehefrau, ja sogar ohne deren Vorwissen, sich nach Amerika begeben hat, während er sicherlich im Inland ein Unterkommen hätte finden können; sein Hinwegziehen stellt sich daher als ein ohne Not und ohne genügende rechtmäßige Ursachen erfolgtes dar. Dieses Verhalten, insbesondere die Verheimlichung seines Hinwegziehens vor seiner Ehefrau, weist entschieden darauf hin, daß seine Absicht schon bei seinem Fortziehen auf Lösung des Ehebandes gerichtet war. Jedenfalls aber spricht für diese Absicht die in der Ehegerichtsordnung T. II cap. 13 § 4 begründete gesetzliche Vermutung. Denn es sind seit dem Wegzuge des Beklagten nicht bloß zwei Jahre, was nach Art. 6 des Gesetzes vom 8. August 1875 genügen würde, sondern sogar volle 9 Jahre verflossen, ohne daß er, wie sich aus den durch das Zeugnis des Schultheißenamts H. vom 8. März 1886 unterstützten Angaben der Klägerin ergibt, derselben je einmal geschrieben und ihr und seinem Kinde, obwohl er beide von allen Mitteln entblößt zurückgelassen hatte, die geringste Unterstützung zugeschickt hätte.

Auch hat die Klägerin die erforderlichen Nachforschungen zur Ermittlung des gegenwärtigen Aufenthaltsorts des Beklagten angestellt. Ihre Bemühungen haben sich zwar, abgesehen von den schon erwähnten Zeugnissen von Behörden, auf fruchtlose Erkundigungen bei den Eltern, Geschwistern und Geschwisterkindern des Beklagten beschränkt. Da jedoch der letztere sich ohne Wissen der Klägerin nach Amerika begab, und derselben nie eine Mitteilung von sich hat zukommen lassen, wie Klägerin glaubhaft versichert, so fehlten derselben die nötigen Anhaltspunkte zur Anstellung von weiteren Nachforschungen, zu welchen sie wegen ihrer gänzlichen Vermögenslosigkeit nicht einmal die nötigen Mittel besessen hätte. Insbesondere war die von der Schwester des Beklagten mitgeteilte Nachricht über dessen Aufenthalt in Neu-Orleans bei dem Umstande, daß dieselbe nach den von Gerichtswegen angestellten Nachforschungen eine genauere Adresse des Beklagten nicht anzugeben vermag, nicht geeignet, der Klägerin über dessen Aufenthaltsort Aufklärung zu verschaffen; es kann daher nicht mit dem Unterrichter in dem Unterlassen weiterer Anfrage bei der Schwester des Beklagten eine Versäumung der ihr obliegenden Erkundigungspflicht gefunden werden. Es hat vielmehr Klägerin diejenigen Nachforschungen nach dem Aufenthalt des Beklagten, welche ihr unter bewandten Umständen zugemutet werden können, angestellt. Auch spricht für das Nichtbekanntsein des derzeitigen Aufenthaltsorts des Beklagten der Umstand, daß bei der 1884 vorgenommenen Erbteilung der verstorbenen Eltern des Beklagten dieser als mit unbekanntem Aufenthaltsort abwesend behandelt und ihm bei diesem Anlaß vom Gemeinderat M. ein Abwesenheitspfleger bestellt worden ist, und daß die wiederholten öffentlichen, während des Prozesses an den Beklagten erlassenen, auch in eine amerikanische Zeitung eingerückten Ladungen erfolglos geblieben sind.

Treffen sonach die sämtlichen Erfordernisse der Scheidung wegen böslichen Verlassens seitens des Beklagten zu, so war nach der maßgebenden Bestimmung der Ehegerichtsordnung T. II cap. 13 § 3 und 4 die beantragte Scheidung dem Bande

nach unter Abänderung des erstrichterlichen Urteils auszusprechen.

Urteil des I. Senats vom 21. Dezember 1886 in Sachen B. c. B.

27.

Scheidung wegen böslicher Verlassung.

Die erheblichen Thatsachen ergeben sich aus den nachstehenden Gründen:

Die Umstände, unter welchen sich Beklagter im Mai 1881 nach Amerika begeben hat, berechtigen nicht zum Schlusse, daß er schon damals die Absicht, seine Ehefrau böslich zu verlassen, gehabt habe. Beklagter hat nämlich, nachdem er den bisher von ihm versehenen Dienst als Bahnwärter ausdrücklich zum Zwecke der Auswanderung nach Amerika gekündigt hatte, sämtliche vorhandene Fahrnis, auch die der Klägerin gehörige, verkauft, um die Mittel zur Reise aufzubringen. Die letztere hat, ihrer eigenen Angabe zufolge gegen dieses Verfahren deshalb nichts gethan, weil Beklagter ihr gesagt habe, er wolle zu ihrem Onkel Joh. S. in Philadelphia. Klägerin hat somit ihrer eigenen Einräumung zufolge, obwohl sie seine Absicht, sich nach Amerika zu begeben, gekannt hat, nicht bloß keine Schritte gethan, um ihn hievon zurückzuhalten, vielmehr die Versilberung eigener Fahrnis zur Beschaffung der Reisemittel geduldet und muß sonach auch mit dieser Reise einverstanden gewesen sein. Dieses Einverständnis erhellt weiter aus den vom Beklagten in den Jahren 1881, 1882 und 1883 an die Klägerin aus Amerika geschriebenen Briefen. Denn es läßt der Inhalt dieser Briefe, welche sich als Erwiderungen von Briefen der Klägerin darstellen, an dem auch nach der Trennung der Ehegatten in dem Zeitraum dieser Korrespondenz bestehenden guten Einvernehmen derselben nicht zweifeln, und geht aus demselben weiter hervor, daß Beklagter sich in der Absicht, seine Familie mit den von ihm aufzubringenden Mitteln nachkommen zu lassen, nach Amerika begeben und Klägerin

diesen Plan gebilligt hat, daß aber Beklagter nicht im Stande war, das zur Reise für die Klägerin und ihr Kind notwendige Geld ihr zu schicken.

Läßt nun auch die auffällige Thatsache, daß es dem Beklagten während seines mehrjährigen Aufenthalts in Amerika nicht gelungen sein soll, auch nur das Geringste für seine der Unterstützung dringend bedürftige Familie zu erübrigen, in Verbindung mit den Wahrnehmungen eines Verwandten der Klägerin, des Joh. S., der laut Schreiben vom 3. Februar 1885 und seiner Erklärung vom 17. August 1886 auf Grund wiederholter Unterredungen mit dem Beklagten Zweifel darüber, ob er für Frau und Kind etwas habe thun wollen, ausspricht, vermuten, daß es ihm mit dem Nachkommenlassen seiner Familie nicht recht ernst gewesen sei, so fehlt es doch am Beweise dafür, daß seine Abwesenheit schon in den ersten Jahren seines Aufenthalts in Amerika die thatsächliche Auflösung des ehelichen Verhältnisses bezweckt habe. Es hat jedoch Beklagter mit dem der Klägerin, wie diese und ihre Mutter ganz glaubhaft versichern, im März 1883 zugekommenen, mit Datum nicht versehenen Briefe die Korrespondenz mit derselben abgebrochen und sodann nach dem Schreiben des Postamts Katonah vom 3. Juli 1886, sowie dem Begleitschreiben, mit welchem ein von ihr dorthin gesandter Brief im Juni 1886 als unbestellbar zurückgekommen ist, dasjenige Dienstverhältnis, von welchem aus er seinen letzten Brief geschrieben hatte, in der ersten Hälfte des folgenden Jahres 1884 verlassen, ohne daß seitdem irgend eine Kunde über ihn und seinen Aufenthalt eingelaufen wäre.

Dadurch, daß Beklagter sich Mitte des Jahrs 1884 an einen unbekannten Ort begeben, jeden Verkehr mit seiner Familie abgebrochen und sich um seine Familie in keiner Weise mehr gekümmert hat, hat er von dieser Zeit an die eheliche Gemeinschaft mit derselben thatsächlich völlig aufgehoben. Der Umstand, daß diese thatsächliche Lösung des Ehebandes gerade in dem genannten Zeitpunkte erfolgt ist, findet seine Erklärung darin, daß er in seinem letzten, der Klägerin zugekommenen

Briefe ohne Datum derselben unter dem Hinweis darauf, daß es ihm bisher nicht gut gegangen sei, mit der Aufforderung, ihre Mutter um die Mittel zur Reise zu bitten, zu verstehen gegeben hatte, er selbst sehe sich außer Stande, die Mittel zur Reise seiner Familie aufzubringen, und daß er aus dem Antwortschreiben der Klägerin, oder wenn er dieses nicht erhalten haben sollte, wenigstens daraus, daß Klägerin seiner Aufforderung, sobald wie möglich zu ihm zu reisen, keine Folge geleistet hat, erkennen mußte, seine Frau vermöge so wenig, wie er selbst, die Reisemittel aufzubringen, es sei also zunächst keine Aussicht auf Wiedervereinigung mit seiner Familie vorhanden. Liegt in dem Fernbleiben des Beklagten von dem genannten Zeitpunkte an die thatsächliche Lösung des Ehebandes, so erstreckt sich das anfängliche Einverständnis der Klägerin von diesem Zeitpunkte an nicht mehr auf sein Fernbleiben; das letztere erscheint daher von da an nicht mehr als ein rechtmäßiges, es hat sich vielmehr seine Abwesenheit von diesem Zeitpunkte an für die Folgezeit in bösliches Verlassen verwandelt.

Denn es ist nach dem Wortlaut der Ehegerichtsordnung Teil II cap. 13 § 3 Worte: „hinweggereist und abwesend ist" § 4 „mutwillig ausbleibt", sowie nach der Natur der Sache bösliches Verlassen auch dann vorhanden, wenn sich der Desertor aus einer rechtmäßigen Ursache, namentlich mit Zustimmung seines Ehegatten an einen unbekannten oder doch dem Gerichte nicht erreichbaren Ort begeben hat, aber nach Wegfall dieser Berechtigung, insbesondere nach dem Aufhören dieser Einwilligung sich entfernt hält [1]).

Dabei spricht für das Vorhandensein der auf thatsächliche Lösung des Ehebandes gerichteten Absicht des Beklagten die gesetzliche Vermutung, weil er von Mitte des Jahres 1884 an gerechnet in den nächstfolgenden beiden Jahren mit seiner Familie nicht mehr verkehrt und für dieselbe nicht im Geringsten gesorgt hat [2]).

1) Scheurl, Eherecht S. 326. 327. Seuffert, Archiv Bd. 42 Nr. 35.

2) Ehe-G.-O. II cap. 13 § 4 in Verbind. mit A. 6. des Gesetzes vom 8. August 1875 Reg.-Bl. S. 464.

Diese gesetzliche Vermutungsfrist ist zwar teilweise erst während der Rechtshängigkeit des gegenwärtigen Prozesses abgelaufen, es steht jedoch dieser Umstand der Berücksichtigung dieses auf unrechtmäßiges Fernbleiben gestützten Klagegrundes nicht im Wege, da in Ehesachen ein neuer Klagegrund noch bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden kann (C.P.O. § 574 Abs. 1), und hiebei die Berücksichtigung eines neu entstandenen Klagegrundes nicht ausgeschlossen ist.

Auch hat sich Klägerin genügend darüber ausgewiesen, daß sie sich vergebens bemüht hat, den gegenwärtigen Aufenthaltsort des Beklagten auszumitteln.

Sonach treffen alle Voraussetzungen der Ehescheidung wegen böslicher Verlassung Ehe-G.-O. II cap. 13 § 3 u. 4 zu und war die Ehe der Parteien hienach dem Bande nach zu trennen.

Urteil des I. Senats vom 13. Mai 1887 in Sachen K. c. K.

28.

Bösliche Verlassung. Ehebruch des klagenden Teils.

Der Ehemann hat sich im Jahre 1881 von seiner Ehefrau in Gesellschaft einer Frauensperson heimlich nach Amerika entfernt, und sein Aufenthalt ist seither unbekannt. Später hat die Ehefrau selbst einen Ehebruch begangen. Ihre deshalb in 1. Instanz abgewiesene Scheidungsklage, wurde in 2. Instanz für begründet erkannt.

Da die thatsächlichen Voraussetzungen des Ehescheidungsgrunds der böslichen Verlassung, wie das erstrichterliche Urteil zutreffend ausgeführt hat, gegen den Beklagten vorliegen, so war die Klage begründet.

Die Annahme des vorigen Richters, daß durch den Ehebruch, dessen sich die Klägerin nach dem Weggang ihres Ehemanns schuldig gemacht habe, ihr Klagerecht ausgeschlossen sei, widerspricht einer längst bestehenden Praxis der württembergischen Gerichte, insbesondere des ehegerichtlichen Senats des Obertribunals [1]).

1) vgl. die von Hauber, Eherecht § 163 angeführte Entscheidung in der Ehescheidungssache Schüle c. Schüle, vom Jahr 1856.

Es fehlt jener Annahme aber auch der gesetzliche Boden. Denn sowohl die württembergische Ehegerichtsordnung (Teil I cap. VI § 3), als die bezüglichen Stellen des canonischen Rechts (c. 6, 7 X de adult. 5, 16; c. 1 Causa XXXII qu. 6) beschränken sich auf den Ausspruch, daß eine Ehe wegen Ehebruchs dann nicht zu scheiden sei, wenn auch dem klagenden Teil ein Ehebruch zur Last falle. Wenn einige Schriftsteller des gemeinen Eherechts in dem Entscheidungsgrund dieser Stellen (»paria delicta mutua compensatione tolluntur«) die Formulierung eines allgemeineren Prinzips gefunden haben und zum Teil soweit gegangen sind, eine Kompensation auch zwischen völlig ungleichartigen Verschuldungen der Ehegatten mit einer das Scheidungsrecht ausschließenden Wirkung zuzulassen, so findet diese Ansicht nicht bloß in dem württembergischen Eherecht keinerlei Anhalt, sondern es stehen ihr auch innere Gründe nicht zur Seite. Denn der Grundsatz, auf welchem das Kompensationsrecht in andern Rechtsverhältnissen beruht, daß nämlich ein Verlangen, dem von der andern Seite das gleiche Verlangen gegenübergestellt werden könnte, eine Unredlichkeit in sich schließe, paßt nur für Ansprüche, welche wegen ihres unmittelbaren materiellen Werts eine gegenseitige quantitative Abwägung zulassen, nicht aber für die Rechte der Parteien in Ehesachen, bei welchen Interessen anderer Art in erster Linie stehen.

Hienach liegt kein Grund zu einer analogen Anwendung des Gesetzes auf andere nicht ausdrücklich entschiedene Fälle vor, und es kann daher dem Beklagten die Einrede des Ehebruchs seiner Ehefrau gegenüber der auf bösliche Verlassung gestützten Scheidungsklage nicht zu statten kommen. Demgemäß war die Ehe der Parteien dem Bande nach zu trennen.

Urteil des I. Senats vom 5. Juni 1885 in Sachen E. c. E.

Ebenso Urteil des I. Senats vom 30. Dezember 1884 in Sachen B. c. B.

29.

Ehebruch. Durch die Weigerung des unschuldigen Teils mit dem andern Ehegatten zusammenzuleben, wird ein Ehebruch nicht entschuldigt [1]).

Die Klägerin hat sich von ihrem Ehemann getrennt. Durch das bischöfliche Ordinariat wurde ausgesprochen, daß die von der Ehefrau erbetene Scheidung von Tisch und Bett von ihrem Ehemann wegen erlittener Bedrohungen, Beschimpfungen und schwerer Mißhandlungen nach Maßgabe des für Ehesachen in der katholischen Kirche geltenden Rechts für den Bereich des Gewissens auf unbestimmte Zeit zu bewilligen sei. Der Ehemann nahm hierauf eine Haushälterin in das Haus und hat mit dieser, wie er selbst zugestanden hat, die Ehe gebrochen. Der auf Scheidung gerichteten Klage hat der Ehemann die Einwendung entgegengesetzt, daß die Klägerin durch ihre langjährige unbegründete Weigerung, die Ehe fortzusetzen, diesen Ehebruch selbst verschuldet habe.

Die Scheidungsklage wurde als begründet erkannt.

Gründe:

Der Klagegrund ist durch das Geständnis des Beklagten in Verbindung mit der Einräumung der N. in deren Ehescheidungsprozeß, mit dem Beklagten einen Ehebruch verübt zu haben, sowie mit der Thatsache, daß sich die N. bei dem Beklagten längere Zeit als Haushälterin aufhielt, erwiesen. Nicht richtig ist, daß das hienach an sich begründete Recht der Klägerin auf Scheidung durch deren Weigerung, die Ehe fortzusetzen, ausgeschlossen sei. Der Annahme, daß die bloße Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens den Ehebruch des andern Teiles entschuldige, und die Klage auf Scheidung wegen dieses Ehebruches elidieren könne, steht positiv c. 4 und 5 X. de divort. 4, 19 entgegen. Der can. 24 Causa 27 qu. 2, welcher die Ueberschrift hat: »Sine uxoris voluntate viro continere non

1) s. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 310.

licet« rechtfertigt den von dem Vertreter des Beklagten im Anschlusse an die Ausführung im Württ. Archiv Bd. 18 S. 401 sq. aufgestellten Rechtssatz nicht, umsoweniger, als die in Rede stehende Gesetzesstelle eine andere Auslegung zuläßt. Es liegt kein Grund vor, von der herrschenden Lehre der Kanonisten abzugehen, daß durch die Verweigerung der Kohabitation die Scheidungsklage wegen Ehebruchs nicht ausgeschlossen sei [1]).

Die Entscheidung des ersten Civilsenats des Oberlandesgerichts in Sachen E. c. E. vom Jahr 1885, in welcher die Frage verneint wird, ob die auf **bösliche** Verlassung gestützte Scheidungsklage durch den Ehebruch des verlassenen Teils ausgeschlossen werde, betraf einen nach den für Ehesachen der Protestanten geltenden Rechtsgrundsätzen zu beurteilenden Fall, und sie führt nicht zu dem von dem Vertreter des Beklagten aufgestellten Rechtssatz. Irrig ist auch, daß der Fall einer böslichen Verlassung vorliege, und daß der Beklagte die Ehescheidung hätte verlangen können.

Eine (auch nur stillschweigende) Einwilligung der Klägerin zu dem Ehebruche des Beklagten hat dieser selbst nicht behauptet, wenn er auch in erster Instanz der Phrase sich bediente, die Klägerin habe durch die Weigerung, das eheliche Zusammenleben fortzusetzen, „gleichsam geflissentlich" Anlaß zu der Verfehlung des Beklagten gegeben.

Unerheblich ist nach dem Ausgeführten auch, ob erfolglose Sühneversuche angestellt wurden.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts in Sachen M. c. M. vom 27. November 1885.

30.

Ehebruch. Verzeihung.

Die Beklagte hat sich eines Ehebruchs schuldig gemacht. Dieselbe hat gegen die auf Scheidung gerichtete Klage des

1) cf. Knopp, kathl. Eherecht S. 557, Kutscher, kathl. Eherecht Bd. V S. 664 und die daselbst angeführte Eichstädter Pastoral-Instruktion, Kreuzer, kath. Eherecht S. 230, Hochstetter, compend. j. matrim. S. 65 § 6 be-

Ehemanns geltend gemacht, derselbe habe ihr verziehen, indem er in Kenntnis ihres Ehebruchs geschlechtlich mit ihr verkehrt habe; ihr Ehemann habe gerüchtweise von diesem Ehebruch gehört und ihr denselben vorgehalten; sie habe denselben ihm nicht abgeleugnet. Der Inhalt der von der Beklagten ihrem Ehemanne gegebenen Antwort könne nicht näher angegeben werden. Nachdem ein hierüber mit Zeugen angetretener Beweis mißlungen war, hat die Beklagte ihrem Ehemann den Eid zugeschoben, er solle beschwören, es sei nicht wahr, daß seine Ehefrau auf seinen Vorhalt den von ihr begangenen Ehebruch ihm nicht abgeleugnet habe, und daß er nachher noch Geschlechtsumgang mit der Beklagten gepflogen habe.

Die gegen das erstrichterliche die Scheidung der Ehe aussprechende Urteil erhobene Berufung wurde verworfen.

Gründe:

Wenn bewiesen wäre, daß Kläger in Kenntnis des von der Beklagten verübten Ehebruchs Geschlechtsumgang mit der Beklagten gepflogen habe, so wäre die Einrede der Verzeihung begründet. Der Beweis dieser Verzeihung ist aber nicht erbracht und kann auch mittels des zugeschobenen Eids nicht erbracht werden. Denn die unter Eid gestellte Behauptung: Beklagte habe ihren Ehebruch dem Kläger gegenüber „nicht abgeleugnet", war zwar genügend, um die für die fragliche Unterredung der Parteien benannten Zeugen hierüber zu vernehmen, weil sich erwarten ließ, daß dieselben genauere Angaben über den Inhalt der von der Beklagten dem Kläger abgegebenen Erklärung zu machen im Stande sein würden; sie reicht aber für sich allein nicht aus zu dem Beweis, daß Kläger zur Zeit des letzten Geschlechtsumgangs mit der Beklagten Kenntnis von deren Ehebruch hatte. Denn eine solche Kenntnis liegt nicht schon dann vor, wenn der Kläger gerüchtweise von dem Ehebruch der Beklagten gehört hatte, oder auf Grund ihrer

züglich des in dieser Lehre an das kan. Recht sich anschließenden evangel. Eherechtes in Württemberg, Gerichtsblatt Bd. 13 S. 310, Urteil des vormal. württ. Obertribunals von 1877 in S. D. c. D.

Erklärungen darüber im Zweifel war, ob sie den Ehebruch begangen hatte oder nicht, vielmehr nur dann, wenn Kläger nach Lage der Sache vernünftigerweise die Ueberzeugung haben mußte, daß Beklagte sich des Ehebruchs schuldig gemacht habe. Eine solche Ueberzeugung desselben wäre aber nicht erwiesen, auch wenn infolge Eidesverweigerung des Klägers feststünde, daß Beklagte den Ehebruch nicht abgeleugnet habe. Denn diese Nichtableugnung kann auch durch eine ausweichende zweideutige Redewendung der Beklagten erfolgt sein, welche keineswegs in dem Kläger die Ueberzeugung hervorgerufen haben müßte, daß in der That ein Ehebruch vorgefallen sei.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 30. November 1888 in Sachen G. c. G.

31.

Grobe Verletzung der ehelichen Treue.

Es kann dahingestellt bleiben, ob schon aus dem württemb. Generalreskript vom 17. Mai 1738, verglichen mit dem Geheimratsdekret vom 19. April 1758 [1]), neben ihrem nächsten Zweck, den Indizienbeweis als zuläßige Art der Beweisführung im ehegerichtlichen Verfahren zu sanktionieren, mit Sicherheit die weitere Absicht des Gesetzgebers sich entnehmen läßt, einen graduellen Unterschied hinsichtlich des Beweises des Ehebruchs in dem Sinn einzuführen, daß nach Umständen der bloße Verdacht eines solchen zur Ehescheidung genügt. Denn jedenfalls hat sich im Anschluß an diese Erlasse die Praxis der württembergischen Ehegerichte immer mehr der letzteren Anschauung nachgebildet und unter dem Scheidungsgrund des Ehebruchs auch Fälle begriffen, in welchen ein wirklicher Ehebruch nicht bewiesen war.

Indem zunächst der Versuch eines Ehebruchs dem vollendeten Vergehen, anderweite strafbare Befriedigung der Geschlechtslust dem wirklichen Ehebruch gleichgestellt wurden, war

1) vgl. Reyscher, Gesetzsammlung Bd. VI. S. 431.

schon der Grundsatz ausgesprochen, daß überhaupt bei Beurteilung dieses Scheidungsgrunds das maßgebende Gewicht nicht, wie im älteren Recht, auf einen einzelnen wirklichen Ehebruchsakt allein zu legen, sondern daß die innere Bedeutung der fraglichen Handlung als für den Bestand der Ehe ebenso wesentlich anzusehen sei, wie die äußere Thatsache einer Verletzung. Und es beruht nur auf einer weiteren Entwicklung dieses Prinzips, wenn Doktrin und Rechtsprechung in gewissen Fällen ein Verhalten des Ehegatten für genügend erachtete, welches den ehebrecherischen Charakter in Gesinnung und Absicht, zugleich aber in Handlungen bekundet, die vermöge ihrer sittlichen Verwerflichkeit und ihres vernichtenden Einflusses auf das Wesen der Ehe eine ebenso grobe Verletzung der ehelichen Treue enthalten, wie ein wirklicher Ehebruchsakt [1]).

Für diese innerlich wohl begründete Ausbildung des Scheidungstitels des Ehebruchs besteht zudem auf dem Boden des württembergischen protestantischen Eherechts ein gesetzlicher Anhalt in dem Generalreskript vom 29. Juli 1796 (oder 1797) [2]).

Indem nemlich hier die Kontroverse, ob zur civilrechtlichen Vermögensprivation auch schon ein adulterium praesumtum hinreiche [3]), dahin entschieden wurde, daß „die Vermutung, welche etwa in ordine ad divortium mit Recht für hinlänglich angesehen worden sei, nicht immer auch in Hinsicht auf den Vermögensverlust für stark genug erkannt werden kann", ist offenbar die Ansicht des Gesetzgebers dahin ausgesprochen, daß für den Eherichter — im Gegensatz zu dem über die vermögensrechtlichen Folgen entscheidenden Civilrichter —

---

1) vgl. Sarwey, Monatschrift Bd. 14 S. 57 ff. Sarwey, Archiv Bd. 18 S. 288 ff., insbesondere das dort angeführte Erkenntnis des ehegerichtlichen Senats des Obertribunals vom 1. März 1855 in Sachen J. c. J. Fecht, ehegerichtl. Geschäfte S. 9. Hauber, Eherecht, 2. Aufl. S. 51. Lang, württemb. Personenrecht S. 436 n. 8. Württ. Gerichtsblatt Bd. 12 S. 497 u. Bd. 14 S. 139.

2) vgl. Reyscher, Gesetzsammlung Bd. VI S. 710.

3) vgl. Griesinger, Comm. z. Land-R. IV S. 1231 ff.

schon ein geringerer Grad der Ueberzeugung von Verübung eines Ehebruchs genüge. Denn da es für jeden Richter nur einen einzigen Grad voller Ueberzeugung geben kann, so mußte die hier statuierte Unterscheidung als eine graduelle verstanden, also ausgesprochen sein, daß zur Scheidung der Ehe die Ueberzeugung eines wirklich vollzogenen Ehebruches nicht notwendig sei.

Hienach stellt sich die Annahme, daß zur Scheidungsklage schon Handlungen eines Ehegatten berechtigen, die vermöge der ihnen zu Grund liegenden ehebrecherischen Absicht eine grobe Verletzung der ehelichen Treue enthalten, nur als eine konsequente Erschöpfung des Gedankens des Gesetzgebers dar, und es liegt kein Grund vor, von dieser Thesis des Obertribunals abzugehen. Und da dieser Scheidungsgrund — mag man ihn auch noch unter die Bezeichnung eines „vermuteten Ehebruchs" fassen oder nicht — jedenfalls für sich und ganz unabhängig von dem Beweis eines wirklichen Ehebruchs besteht, so gehört er lediglich dem materiellen Recht an und wird durch die — von Gaupp, Comm. zur Civil-Proz.-O. Bd. III S. 10 aufgeworfene — Frage, ob das Beweisrecht der Civilprozeßordnung von Einfluß auf den Fortbestand des Scheidungsgrunds des „vermuteten Ehebruchs" sei, nicht berührt. [1]).

Eine Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt die Schlüssigkeit der angestellten Klage.

Was über das Verhältnis der Beklagten zu N. erwiesen ist, überschreitet weit das Maß bloßer harmloser Vertraulichkeit und Gunstbezeugung. Schon der allgemeine Eindruck, welchen die beiden unverdächtigen Zeuginnen auf Grund täglicher, vorurteilsfreier Beobachtungen über den Verkehr der Beklagten mit N. für die lange Zeit vom Dezember 1883 bis März 1884 gewonnen haben, ist von der Art, daß es nicht als das Phantasiegebilde einer blinden Eifersucht, sondern als ein wohlbegründeter Verdacht erscheint, wenn der Kläger aus dem, was vor den Augen der Zeugen sich abspielte, auf gravieren-

1) vgl. auch Lang, Personenrecht S. 455 Note 3.

dere Vorkomnisse schließt, welche sich den Blicken Dritter naturgemäß entzogen haben. Und wenn man auch bei Beurteilung dieser Zeugenaussagen zu Gunsten der Beklagten voll in Rechnung nimmt, daß das häufige Zusammensein der Beiden unter vier Augen schon durch die rechtmäßige, vom Kläger gebilligte Stellung des N. im Haus und durch die berufliche Abwesenheit des Ehemanns von selbst gegeben war und nach außen den Eindruck auffallender Intimität erwecken konnte, auch wenn kein gröberer Mißbrauch vorkam, so sind doch die einzelnen Wahrnehmungen der Zeugen zu charakteristisch, als daß sie sich mit einem bloßen familiären Verkehr erklären ließen.

Für sich allein betrachtet, würde es allerdings nur in das Gebiet der groben Unziemlichkeiten gehören, daß beispielsweise die 35 Jahre alte, seit 8 Jahren verheiratete Frau mit dem jungen Mann allerhand Spaß trieb, im Oehrn herumsprang, sich absichtlich zu Boden legte, von dem N. um den Leib fassen und auf den Boden ziehen ließ; denselben aufforderte, ihr auf den Rücken zu sitzen und sich so von ihr herumtragen zu lassen; mit seiner Hand spielte, so lange er, die Füße in der Höhe, auf dem Sopha ausgestreckt lag u. dgl.

Daß aber diese Unziemlichkeiten nicht der Ausfluß augenblicklicher übermütiger Laune oder der von ihr überhaupt gegenüber ledigen Herrn beliebten Koketterien, sondern auf ein intimes L i e b e s v e r h ä l t n i s zurückzuführen waren, das zeigt eine ganze Reihe von Thatsachen, wie:

daß sie den N. in unbewachten Augenblicken mit „Du" anredete und dies ableugnete, daß sie gegen Andere eifersüchtig mit ihm war, daß sie ihm einen Ring gab, welchen er trug, daß beide mit einander spazieren gingen und anläßlich von geselligen Unterhaltungen in Wirtschaften auffallend viel miteinander verkehrten, daß sie Mittags am Fenster stehend seine Heimkehr erwartete und ihn am Arm hereinführte, daß sie ihn zu verschiedenen, spezifisch häuslichen Verrichtungen auch in der Küche heranzog, daß sie, insbesondere Abends, darauf ausging, andere Personen aus dem Zimmer zu entfernen, um allein mit ihm zu sein, daß sie sich zur Umgehung

des auch von andern Hausbewohnern benützten Oehrns einen direkten Zugang zum Zimmer des N. durch Wegrücken eines Koffers verschaffte, daß sie in diesem Zimmer (wo sie in der Regel nichts zu suchen hatte, da die Zimmergeschäfte der Magd oblagen) nicht bloß täglich, oft Stunden lang, verkehrte, sondern namentlich auch morgens, solange N. noch zu Bett lag, insbesondere einmal im Morgenanzug mindestens eine Viertelstunde lang, wobei sie dicht vor seinem Bett stund, als Frau N. und die Magd durch das Schlüsselloch sahen, und worauf die Beklagte, um sich vor weiterer Beobachtungen zu schützen, das Schlüsselloch verhängte oder durch N. verhängen ließ.

Einen ganz unzweideutigen Einblick in die innere Seite dieses Verhältnisses aber hat die Beklagte selbst dadurch geboten, daß sie nach der Abreise des N. etwa eine Woche lang täglich im Zimmer desselben und zum Fenster hinaus laut weinte, jammerte, schrie, sich wie unsinnig geberdete und dabei den N. den „lieben, guten Menschen“ nannte, über dessen Weggehen sie sich noch zu Tode weine.

Und wie leidenschaftlich diese Liebe zu N. war, beziehungsweise wie sie die eheliche Liebe oder Achtung vor ihrem Ehemann vollständig verdrängt hatte, dies beweist der Umstand, daß sie dies that, obwohl N. gerade wegen der in das Gerede der Leute gekommenen Vorgänge durch den Ehemann unter natürlichster Wahrung seines Hausrechts und seiner Ehre entfernt worden war, und obwohl ihr von ihrer Schwiegermutter die Verwerflichkeit dieses Gebahrens einer verheirateten Frau vorgehalten worden war; und daß sie in demselben Zusammenhang in der schamlosesten Weise von ihrem Ehemann als dem „störrigen, geizigen, neidigen, dürren und schwindsüchtigen“ Mann redete, der „doch in ein paar Jahren sterbe.“

Faßt man dieses Gesamtbild ins Auge, so muß von selbst auch der Vorgang vom 6. März d. J. in einem andern Licht erscheinen, als er für sich allein und außer Zusammenhang betrachtet sich darstellen würde. Diesem nächtlichen Besuch war unmittelbar vorausgegangen, daß die Beklagte, nach-

dem sie bei einer geselligen Unterhaltung im Wirtshaus neben N. gesessen hatte, im Oehrn des Wirtshauses mit N. Spaß trieb und „barrte".

Als eine Fortsetzung dieser, mit körperlicher Berührung verbundener, Vertraulichkeit stellt es sich nun dar, wenn die Beklagte sich nach der Heimkehr vom Wirtshaus, Nachts zwischen 11 und 12 Uhr, nachdem ihr Ehemann sich zu Bett gelegt hatte, noch in das Zimmer des N. begab. Erwägt man hiezu, daß ihre Angabe über den Zweck dieses Besuchs, die Zeitungen zu holen, im Hinblick auf die vorgeschrittene Nachtzeit unglaubhaft ist, daß sie erwiesenermaßen sich zuvor teilweise entkleidet hatte; daß auch N., wie die Beklagte voraussehen mußte, schon einen Teil der Kleider abgelegt hatte; daß sie den Besuch ausführte, als sie ihren Mann im Schlaf glaubte; daß endlich N., als er vom Kläger überrascht wurde, die Anwesenheit der Beklagten auf seinem Zimmer abzuleugnen versuchte, — so läßt sich der Verdacht nicht abweisen, daß diesem Besuch die Absicht zu Grund gelegen habe, bei günstiger Gelegenheit Ehebruch mit N. zu treiben. Auch würde an diesem Verdacht durch den in zweiter Instanz angebotenen Beweis nichts gemindert, da auf den Grad, in welchem die beabsichtigten unsittlichen Handlungen in der Ausführung vorgeschritten waren, nichts ankommt, und da zudem das Zeugnis des Mitschuldigen keinen Glauben finden könnte.

Zieht man endlich in Betracht, daß die Beklagte durch den — auch nach ihrer eigenen Darstellung von ihr selbst frivol verschuldeten Skandal sich nicht abhalten ließ, den Verkehr mit N. offen fortzusetzen und auch, nachdem N. entfernt war, durch heimliche Zustellung von Briefen und durch eine Zusammenkunft weiter zu pflegen, so ist eine so tief gegründete, leidenschaftliche Liebe zwischen der Beklagten und N. konstatiert, daß bei einer — Monate dauernden, täglichen persönlichen und körperlichen Berührung der Beiden nicht daran gezweifelt werden kann, daß das Verhältnis sich irgend einmal bis zum wirklichen Ehebruch gesteigert hat oder mindestens nach der Absicht der Beklagten steigern sollte.

Ein solches Benehmen einer Ehefrau aber, welche ihrerseits ihrem Ehemann nichts vorzuwerfen vermag, stellt sich, gleichviel ob die gewünschte Gelegenheit zum Beischlaf mit ihrem Geliebten sich zufällig schon gefunden hat oder nicht, als der Ausdruck einer so niedrigen Gesinnung und als eine so grobe Verletzung der ehelichen Treue dar, daß sie nach ihrer inneren Bedeutung für das Wesen der Ehe dem Ehebruch selbst gleichzustellen ist und daß bei der durch solche Vorgänge bekundeten, resp. erzeugten Abneigung beider Ehegatten die Erreichung des sittlichen Zwecks der Ehe füglich in Zweifel gestellt sein muß.

Es war daher der Scheidungsgrund in dem oben entwickelten Sinn für zutreffend zu erachten und dem ersten Gesuch in der Vorklage auf Trennung der Ehe entsprechend zu erkennen.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 16. Dezember 1884 in Sachen R. c. R.

32.

Scheidung wegen grober Verletzung der ehelichen Treue.

Das Thatsächliche ergibt sich aus den nachfolgenden Entscheidungsgründen:

1. Derselbe gesetzgeberische Gedanke, welcher in dem vom württembergischen protestantischen Eherecht anerkannten Scheidungsgrund des sogenannten vermuteten Ehebruchs seinen Ausdruck gefunden hat, daß nemlich bei Beurteilung des Scheidungsgrunds des Ehebruchs das maßgebende Gewicht nicht wie im älteren Recht auf einen wirklichen Ehebruchsakt allein zu legen, sondern daß die innere Bedeutung der fraglichen Handlung als für den Bestand der Ehe ebenso wesentlich anzusehen sei, wie die äußere Thatsache einer Verletzung, mußte folgerichtig zu dem Rechtsgrundsatz führen, daß regelmäßig auch der nächste Versuch eines Ehebruchs dem vollendeten Vergehen gleichzustellen ist. Diese innerlich wohl begründete Ausbildung

des Scheidungstitels des Ehebruchs ist denn auch in Württemberg von Schriftstellern und Gerichten längst übereinstimmend anerkannt und deshalb nach feststehender gleichförmiger Praxis die Ehescheidungsklage auch wegen eines bloßen Versuchs des Ehebruchs unter der Voraussetzung zugelassen worden, daß die betreffende Handlung nicht in den äußersten Grenzen eines entfernten Versuchs geblieben, sondern soweit gediehen ist, daß die Vollendung des Ehebruchs nur durch Umstände verhindert wurde, welche von dem Willen des Thäters unabhängig sind [1]).

2. Diese Voraussetzungen treffen auf die dem Beklagten zur Last gelegte Handlung vom 3. Oktober 1886 zu. Denn wenn der Beklagte im Bett seiner Dienstmagd in der Absicht den Beischlaf mit ihr zu vollziehen, sich auf sie gelegt hat, so wäre schon hierin eine der Geschlechtsvereinigung so nahe kommende körperliche Berührung und ein so weit vorgeschrittener Anfang der Ausführung des Beischlafs selbst zu finden, daß es nicht erst des Beweises einer Entblößung bedürfte, um die Annahme eines nächsten Versuchs des Ehebruchs zu rechtfertigen. An der Vollziehung des Beischlafs aber ist der Beklagte nur durch Umstände verhindert worden, welche von seinem Willen unabhängig waren, indem die Ehefrau des Beklagten in die Kammer der Dienstmagd kam.

Die bloße Möglichkeit, daß der Beklagte vielleicht auch ohne die Dazwischenkunft der Klägerin freiwillig von seinem Vorhaben abgestanden wäre, kann nicht in Betracht kommen, solange nicht bestimmte Umstände vorliegen, durch welche eine solche Annahme nahegelegt wird. Wenn der vorige Richter einen Anhaltspunkt hiefür aus der Vermutung entnimmt, daß Mangels der Bescheinigung eines Einverständnisses der N. ein abwehrendes Verhalten derselben in Aussicht zu nehmen gewesen sei, welches dem betrunkenen Beklagten Veranlassung zum Rücktritt hätte geben können, so ist diese Erwägung des-

1) vgl. Sarwey, Monatschrift Bd. 11 S. 53—72. Sarwey, Archiv Bd. 18 S. 288. Hauber, Eherecht S. 51. Lang, württemb. Pers.-Recht S. 437.

halb nicht zutreffend, weil eine solche Abwehr seitens der N. den Rücktritt des Beklagten schon nicht mehr als einen freiwilligen erscheinen ließe. Ueberdies findet die Annahme, daß die N. ohne das störende Dazwischenkommen der Klägerin sich gewehrt hätte, nicht einmal in den Angaben der N. eine Unterstützung. Denn hienach hätte, anstatt einer Bestürzung oder Entrüstung über sein Vorgehen, die einzige Kundgebung der N. darin bestanden, daß sie mit den Worten, es komme Jemand, den Beklagten auf die Gefahr einer Entdeckung aufmerksam machte, und daß sie mit bezeichnender Geistesgegenwart sofort der Frau gegenüber seine Anwesenheit unter einem unwahren Vorbringen verleugnete. Dieses Benehmen, im Zusammenhalt mit dem Umstand, daß sie durch diesen gröblichen Angriff auf ihre weibliche Ehre sich nicht abhalten ließ, noch Monate lang den Dienst bei dem, von seiner Frau getrennt gebliebenen Beklagten fortzusetzen, weist viel eher auf ein Einverständnis der N. hin.

Hienach ist der Antrag der Klägerin auf Auflösung des Bandes der Ehe begründet.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 24. Mai 1888 in Sachen W. c. W.

33.

Versuch des Ehebruchs und unsittliche Handlungen als Scheidungs-Gründe.

Die Thatsachen ergeben sich aus den Gründen:

Wenn sodann auch als erwiesen anzunehmen wäre, daß der Kläger bei seinem Vorgehen gegen die Louise St. die Absicht der Ausübung des Beischlafs mit derselben gehabt habe, so wäre doch in diesem Vorgang eine so grobe Verletzung der ehelichen Treue, wie sie für die Scheidung vorausgesetzt wird, nicht zu erblicken.

Bezüglich des Scheidungsgrunds des Ehebruchs nämlich ist der in gemeinen protestantischen Eherecht herrschenden

Lehre [1]), wonach nur bei Vollendung des Ehebruchs durch fleischliche Vereinigung die Scheidung ausgesprochen werden darf, frühe schon eine freiere Richtung entgegengetreten und in der württembergischen Rechtsprechung zur Geltung gelangt, wonach zur Scheidung berechtigt auch schon der Versuch eines Ehebruchs, wofern er soweit gediehen ist, daß die Vollendung nur durch äußere, vom Willen des Thäters unabhängige Umstände, verhindert wurde (der sogenannte nächste Versuch). Es bedarf daher weiterer Ausführung nicht, daß der hier zur Beurteilung stehende Vorgang nicht als ein nächster Versuch des Ehebruchs anzusehen ist, daß vielmehr selbst dann, wenn man (bei unterstellter Absicht des Beischlafs) in der fraglichen Betastung nicht bloß eine Vorbereitungshandlung, sondern schon den Anfang der Ausführung eines solchen finden wollte, dieser Versuch nur als ein entfernter und sofort freiwillig aufgegebener bezeichnet werden müßte, zur Scheidung also keineswegs genügt.

Allerdings sind im Verfolg der bezeichneten Lehre von der württembergischen Praxis außer dem nächsten Ehebruchsversuch auch noch andere grobe Verletzungen der ehelichen Treue als Scheidungsursachen anerkannt, wenn sie von der Art sind, daß sie die sittliche Grundlage der Ehe zerstören und deren Zwecke nicht mehr erreichen lassen, also in ihrer Wirkung auf das Wesen der Ehe auch ohne die geschlechtliche Vereinigung dem Ehebruch gleichzuachten sind [2]). Insbesondere sind auch unzüchtige Handlungen, an jugendlichen Personen verübt, dem Ehebruch unter Umständen gleichgeachtet worden; unzüchtige Betastungen aber doch immer nur dann, wenn sie durch besondere Umstände, wie verwandtschaftliche Beziehung oder sehr jugendliches Alter der Verletzten, wiederholte oder gewaltsame Begehung, oder öffentliches Aergernis erschwert sind [3]).

Im vorliegenden Fall trifft keine solche Erschwerung zu,

1) von Scheurl, das gemeine Deutsche Eherecht S. 320, Entsch. des R.G. Bd. 9 S. 189.

2) Württ. Archiv Bd. 18 S. 288 ff.

3) Sarwey, Monatsschrift Bd. 14 S. 66 Fall 3. Württ. Archiv Bd. 18 S. 291. Württ. Gerichtsblatt Bd. 12 S. 497; Bd. 14 S 139.

wie denn schon vom Strafrichter ausgesprochen ist, daß er unter mildernden Umständen erfolgt sei; in der That kann nicht gesagt werden, daß in der einmaligen und offenbar nur flüchtigen Betastung eine so verworfene Gesinnung zu Tag trete, daß der Beklagten die Fortsetzung der Ehe zur sittlichen Unmöglichkeit gemacht sei.

Die zuerkannte Gefängnisstrafe von 6 Monaten aber ist, zumal in ihrer durch die im Wege der Gnade auf 2 Monate herabgesetzten Dauer, zu geringfügig, um als selbständiger Scheidungsgrund in Betracht zu kommen [1]). Die Scheidungsklage war daher abzuweisen.

Urteil des I. Senats vom 18. März 1887 in Sachen B. c. B.

34.

Ungültigkeit der Ehe wegen Irrtums des Ehemanns über die sittliche Integrität der Ehefrau. Dieser Irrtum muß ein für die Entschließung des Ehemanns erheblicher gewesen sein.

Die Eheleute haben am 15. Juli 1886 die Ehe eingegangen. Kurze Zeit hierauf hat der Ehemann Klage auf Ungiltigkeitserklärung der Ehe erhoben, weil er erfahren habe, daß seine Ehefrau in ledigem Stande mit einem andern Manne geschlechtlichen Umgang gehabt habe. Dieser Umgang wurde von der Ehefrau zugegeben, von ihr aber eingewendet, daß auch der Kläger vor Abschluß der Ehe geschlechtlichen Umgang mit der Beklagten gehabt habe. Letztere Thatsache ist erwiesen worden. Die Klage wurde aus diesem Grunde abgewiesen.

Gründe:

Zu den Gründen, welche nach dem in Württemberg geltenden protestantischen Eherecht von Einfluß auf die Giltigkeit einer Ehe sind, gehört der Irrtum, in welchem sich ein

1) Entsch. des R.G. Bd. 5 S. 407.

Ehegatte bei Eingehung der Ehe über einen solchen, die sittliche Natur der Ehe berührenden Mangel des andern Ehegatten befunden hat, daß anzunehmen ist, der Ehegatte hätte im Fall seiner Kenntnis von dem Vorhandensein dieses Mangels die Ehe nicht eingegangen. Unter letzterer Voraussetzung ist insbesondere der Ehemann berechtigt, den Mangel der Jungfräulichkeit der Ehefrau, soweit darin der sittliche Fehler geschlechtlicher Bescholtenheit gelegen ist, behufs Ungiltigerklärung der Ehe dann geltend zu machen, wenn ihm dieser Mangel bei Abschluß der Ehe unbekannt war.

Demgemäß ist

1. die Klage, soweit sie auf den vorehelichen geschlechtlichen Umgang gestützt wird, welchen die Beklagte im Herbst 1885 mit dem ledigen N. gepflogen hat, an sich schlüssig. Auch ist die Thatsache selbst auf Grund des glaubwürdigen Geständnisses der Beklagten für festgestellt zu erachten; und daß der Kläger erst nach der Verheiratung Kenntnis davon erhalten hat, war ebensowenig zu bezweifeln, da eine frühere Kenntnisnahme des Klägers weder von der Beklagten behauptet, noch sonst angezeigt ist. Ob der Kläger, wie die Beklagte behauptet, vor Eingehung der Ehe gewußt hat, daß N. mit der Beklagten ein Verhältnis gehabt und sie sich zu heiraten beabsichtigt haben, kann dahingestellt bleiben; denn wenn auch erfahrungsgemäß in den Kreisen, welchen die Parteien angehören, ein bis zur Heiratsabsicht vorgeschrittenes „Verhältnis" häufig zum Geschlechtsumgang führen mag, so wäre der hieraus sich ergebende bloße Verdacht, daß dies auch zwischen N. und der Beklagten der Fall gewesen sei, für sich allein und ohne besondere Voraussetzung doch nicht genügend, um dem Kläger vor Abschluß der Ehe Erkundigungen hierüber zuzumuten und aus deren Unterlassung den Schluß abzuleiten, daß er auf die geschlechtliche Unbescholtenheit seiner Ehefrau keinen Wert gelegt habe.

Da es aber allerdings lediglich von den konkreten thatsächlichen Umständen abhängt, ob im einzelnen Fall die Vermutung zutrifft, daß ein Ehemann die geschlechtliche Unbe-

scholtenheit seiner Ehefrau als stillschweigende Bedingung seiner Einwilligung in die Ehe betrachtet habe [1]), und da für Beurteilung dieser Frage nach Umständen auch das voreheliche Verhalten des Ehemanns gegenüber seiner nachmaligen Ehefrau in Betracht kommen kann, so hat der vorige Richter mit Grund

2. das Vorbringen der Beklagten für erheblich erklärt, daß der Kläger selbst in der Nacht vom 21./22. März 1886, längere Zeit vor Eingehung der Ehe und vor Abschluß eines Verlöbnisses, den Beischlaf mit ihr vollzogen habe. Es fragt sich nämlich, ob nicht der Ehemann durch einen solchen im ledigen Stand mit seiner nachmaligen Ehefrau gepflogenen Geschlechtsumgang sich der Geltendmachung eines schon zuvor begründeten Mangels geschlechtlicher Integrität thatsächlich begibt. Diese Frage kann zwar nicht allgemein, wohl aber dann bejaht werden, wenn der frühere Geschlechtsumgang mit dem Dritten nach den begleitenden Umständen annähernd gleicher, insbesondere vom sittlichen Standpunkt und den Anschauungen der Parteien aus nicht verwerflicherer Art war, als der nachmalige Geschlechtsumgang mit dem Kläger. Wenn der Kläger seiner Ehefrau aus dem einen vorehelichen Beischlaf keinen Vorwurf machen kann, weil er selbst der Mitschuldige war, so muß hiedurch seine Befugnis, der Ehefrau aus einem vorausgegangenen, nach den begleitenden Umständen gleichartigen Geschlechtsverkehr mit einem Dritten einen Vorwurf zu machen, schon nach dem natürlichen Rechtsgefühl eine Minderung erleiden. Jedenfalls kann alsdann eine Vermutung dafür, daß er die bisherige völlige Geschlechtsreinheit seiner Ehefrau als Bedingung seiner Einwilligung in die Ehe betrachtet habe, dem Kläger nicht mehr zustatten kommen, sei es, weil er aus der Art, wie seine Ehefrau sich schon im ledigen Stand ihm geschlechtlich hingegeben hatte, den bestimmten Verdacht entnehmen konnte, daß dies auf ihrer Seite nicht das erstemal sein werde, sei es, weil er durch sein eigenes Verhalten den

1) vergl. auch Entsch. des Reichs-G. Bd. 17 S. 246 ff.

Schein gegen sich erweckt, daß er auf eine frühere Unbescholtenheit keinen Wert lege.

Es könnte nun allerdings nicht davon ausgegangen werden, daß dem Kläger ein Geschlechtsverkehr der Beklagten mit ihrem verheirateten Schwager gleichgiltig gewesen wäre, sofern ein solcher Ehebruch einen so groben Makel der Vorlebens und sittlichen Charakters der Beklagten bedeuten würde, daß unter allen Umständen anzunehmen wäre, der Kläger hätte im Kenntnisfall die Ehe nicht eingegangen. Allein diese Behauptung ist widerlegt. Anders verhält es sich mit dem Umgang mit N. Nach den näheren Umständen desselben trifft hier die Voraussetzung der Gleichartigkeit insofern zu, als dieser Umgang gleichfalls die Folge eines länger dauernden „Verhältnisses" mit dem N. war.

Urteil des II. Senats in Sachen Sch. c. Sch. vom 5. April 1888.

35.

Ungültigkeit der Ehe wegen Irrtums eines Ehegatten über eine von dem andern Teil vor Eingehung der Ehe erlittene Freiheitsstrafe.

Der Ehemann hat gegen seine Ehefrau, welche ihn wegen Zwistigkeiten verlassen hat, auf Herstellung des ehelichen Lebens geklagt. Die Ehefrau hat die Ungiltigkeit der Ehe behauptet, weil ihr unbekannt gewesen sei, daß ihr Ehemann vor Eingehung der Ehe wegen Diebstahls längere Zuchthausstrafen erstanden habe. Die Beklagte wurde zur Herstellung des ehelichen Lebens verurteilt.

Gründe:

Es könnte der Antrag der Beklagten auf Ungiltigerklärung ihrer Ehe wegen Irrtums wohl nicht zurückgewiesen werden, wenn sie bei Eingehung derselben sich bezüglich der Vergangenheit ihres Ehemanns in vollständiger Unkenntnis über die einen groben sittlichen Mangel bekundenden Vorgänge befunden hätte, welche seinerzeit schwere Freiheitsstrafen für denselben zur

Folge gehabt hatten, allein nur dann, wenn zugleich Grund zu der Annahme vorliegen würde, daß das Nichtvorhandensein eines sittlichen Mangels für die Beklagte eine wesentliche Voraussetzung bei ihrem Entschlusse, den Kläger zu ehelichen, gebildet habe.

Zum mindesten ist jedoch durch den Beweiseinzug soviel bewiesen, daß die Beklagte schon vor ihrer Verheiratung von dem umlaufenden Gerüchte, daß ihr Bräutigam Strafe wegen Diebstahls erstanden habe, Kenntnis hatte. Mag sie nun dieses Gerücht mit dem Kläger erörtert oder mag sie sich nicht veranlaßt gefunden haben, demselben nachzugehen, insbesondere dem Kläger einen Vorhalt darüber zu machen, im einen wie im andern Falle gab sie, indem sie das Eheverlöbnis vollzog, unzweideutig zu erkennen, daß sie, sei es nun aus moralischer Gleichgiltigkeit, sei es in der Ueberzeugung, daß der Kläger sich mittlerweile gebessert haben werde, oder aus einem andern Grunde, sich nicht veranlaßt finde, darum von der Verehelichung mit dem Kläger abzustehen, weil ihm ein solcher Mangel anhafte, daß — mit anderen Worten — das Nichtvorhandensein eines solchen sittlichen Mangels auf Seiten ihres Verlobten für sie keine wesentliche Voraussetzung bei ihrem Entschlusse, den letztern zu heiraten, bilde. Die Einwendung der Beklagten ist daher nicht zutreffend und demgemäß dem Klagantrag entsprechend zu erkennen.

Urteil des II. Senats des Oberlandesgerichts vom 29. April 1886 in Sachen P. c. P.

36.

Ungültigkeit der Ehe wegen Geisteskrankheit eines Ehegatten zur Zeit der Eingehung der Ehe.

Seitens der Klägerin wurde behauptet, ihr Ehemann sei schon zur Zeit der Eingehung der Ehe geisteskrank gewesen. Die Ehe wurde für ungiltig erklärt.

Gründe:

Nach der Doktrin und Praxis ist ein Irrtum über eine

die Ehe gefährdende Eigenschaft, insbesondere über das Vorhandensein einer Geisteskrankheit ein Grund der Ungiltigkeit der Ehe. Die Geisteskrankheit muß nicht wahrnehmbar gewesen sein, wenn nur zur Zeit der Eingehung der Ehe ein Zustand vorhanden war, aus welchem die Geisteskrankheit sich entwickelt, wenn sie nur im zweifellosen Beginne vorhanden war. Es steht die Thatsache fest, daß der Beklagte schon in den ersten Monaten des Jahres 1878 vollständig geisteskrank gewesen ist, woraus sich schließen läßt, daß jener soeben bezeichnete Zustand schon zur Zeit der am 14. November 1876 erfolgten Verehelichung vorhanden war. Die gutächtlichen Aeußerungen der Aerzte begründen umsomehr die Ueberzeugung, daß die Geisteskrankheit des Beklagten schon beim Abschluß der Ehe begonnen hatte, als eine solche Krankheit, wenn sie nicht durch ganz besondere Umstände herbeigeführt wird, nicht plötzlich entsteht, sondern sich erst aus kleineren Anfällen entwickelt, und sofern kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß sich die Geisteskrankheit des Beklagten erst aus einem späteren Zustand entwickelt habe.

Daß die Klägerin diesen Zustand nicht gekannt habe, wurde als unzweifelhaft angenommen.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts vom 1. Juli 1881 in Sachen M. c. M.

s. auch die Entscheidung des I. Senats vom 27. April 1885 in Sachen G. c. G.

37.

Ungültigkeit der Ehe wegen Geisteskrankheit eines der Ehegatten, welche schon zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhanden gewesen sein soll. Fortsetzung des ehelichen Lebens in Kenntnis dieses Zustands.

Die Klägerin verlangt den Ausspruch der Ungiltigkeit ihrer am 13. September 1880 geschlossenen Ehe, weil der seit 27. Februar 1886 entmündigte und seit 11. Juni 1886 in einer Irrenheilanstalt befindliche Beklagte schon zur Zeit der

Eheschließung an Epilepsie gelitten und damit den Keim der später bei ihm zum Ausbruch gekommenen Geisteskrankheit in sich getragen habe, was ihr bei der Eheschließung nicht bekannt gewesen sei.

Die Klage wurde abgewiesen.

Gründe:

1. Auch wenn man annimmt, daß Beklagter schon vor Eingehung der Ehe an Epilepsie gelitten und dies der Klägerin pflichtwidrig verschwiegen hat, erscheint die Klägerin nicht berechtigt, aus diesem Grunde jetzt noch die Ehe als ungiltig anzufechten.

Klägerin hat unbestrittenermaßen, nachdem sie Kenntnis davon erlangt hatte, daß Beklagter im höchsten Grade epileptisch sei, noch drei und ein halbes Jahr das eheliche Zusammenleben mit dem Beklagten fortgesetzt; ob sie in dieser Zeit auch den geschlechtlichen Verkehr mit dem Beklagten fortgesetzt hat, ist nicht von entscheidender Bedeutung, diese Frage wäre übrigens auf Grund der Zeugenaussagen zu bejahen.

Klägerin hat somit durch ihr Verhalten thatsächlich den Willen bewiesen, trotz des ihr bekannten Leidens des Beklagten die Ehe mit demselben fortzusetzen: wenn sie auch, da die Parteien im Hause der Mutter der Klägerin wohnten, nicht in der Lage war, den naheliegenden Ausweg zu ergreifen, sich von ihrem Ehemann zu trennen und mit ihrem Kinde zu ihrer Mutter zu ziehen, so hätte sie doch eine thatsächliche Trennung vom Beklagten herbeizuführen zum mindesten versuchen können, indem sie schon früher zu dem später von ihr angewendeten Mittel griff, eine Kündigung seitens ihrer Mutter an den Beklagten herbeizuführen, dadurch den Beklagten zum Auszug zu nötigen und ihrerseits im Hause zurückzubleiben. Angenommen auch, Klägerin habe zur Zeit, als sie von der Epilepsie des Beklagten Kenntnis erhielt, und noch längere Zeit nachher nicht gewußt, daß sie aus dieser Thatsache unter Umständen das Recht ableiten könne, die Ehe als ungiltig anzufechten, so wäre es doch sehr naheliegend gewesen, falls der Gedanke oder Wunsch, die Ehe mit dem Beklagten nicht fortzusetzen,

in ihr aufgestiegen wäre, sich irgendwo beim Schultheißen, Pfarrer, Rechtsanwalt oder Amtsgericht zu erkundigen, ob ihr nicht gesetzlich Mittel und Wege zu Gebot stehen, vom Beklagten los zu kommen. Es ist aber nicht ersichtlich, daß Klägerin in dieser Richtung einen Schritt gethan hat; sie hebt ja vielmehr selbst in dem Brief vom 15. Januar 1886 hervor, daß sie den Beklagten nicht verlassen, sondern ihn, wenn er sich vorübergehend von ihr getrennt hatte, wieder aufgenommen hat. Durch das Verhalten der Klägerin ist somit klar dargethan, daß, wenn auch vielleicht der Umstand, daß Beklagter mit Epilepsie behaftet war, sie, falls sie diesen Umstand gekannt hätte, von der Eheschließung abgehalten hätte, derselbe doch keinen Grund für sie bildete, das eheliche Leben mit dem Beklagten abzubrechen.

Es entspricht aber dem geltenden Grundsatz möglichster Aufrechterhaltung der Ehen, daß ein Ehegatte wegen eines ihm bei der Eheschließung unbekannt gebliebenen Umstands, der ihn von Eingehung der Ehe abzuhalten geeignet gewesen wäre, die Ehe dann nicht mehr als ungiltig anfechten kann, wenn er nach erlangter Kenntnis von diesem Umstand Jahre lang die Ehe mit dem andern Teil fortgesetzt hat. Denn das Recht, eine Ehe wegen eines solchen bei Eingehung der Ehe unbekannt gebliebenen Umstands anzufechten, stützt sich auf die Voraussetzung, daß die Fortsetzung der Ehe in Kenntnis der wirklichen Sachlage für den irrenden oder getäuschten Ehegatten eine unerträgliche Last wäre. Diese Voraussetzung erweist sich aber eben da als unzutreffend, wo dieser Ehegatte, wie die Klägerin, nach erlangter Kenntnis des wahren Sachverhalts die Ehe längere Zeit fortsetzt. Es ist daher zwar eine rein positiv-rechtliche Bestimmung, wenn mehrere Gesetze die Anfechtung einer Ehe wegen Betrugs und Irrtums nur innerhalb eines nach Wochen oder Monaten festbegrenzten Zeitraums seit Entdeckung des Irrtums oder Betrugs gestatten [1]), aber der

1) Code civil u. bad. Landrechtssatz 181. Preuß. Allg. Landr. II. 1. § 41, vergl. auch Motive zu § 1264 d. Entw. eines bürg. Gesetzb.

Grundgedanke dieser Gesetze, daß der zur Anfechtung der Ehe wegen Irrtums oder Betrugs berechtigte Ehegatte dieses Anfechtungsrechts verlustig geht, wenn er nach Entdeckung des Irrtums oder Betrugs die Ehe längere Zeit hindurch fortsetzt, ist ein gemeinrechtlicher [1]), und gilt in Ermanglung abweichender landesgesetzlicher Rechtsnormen auch in Württemberg.

Hat dem Ausgeführten zufolge Klägerin ihren Willen bewiesen, trotz des Epilepsieleidens des Beklagten mit demselben die Ehe fortzusetzen, so ist es offenbar ohne Belang, ob sie zur Zeit der Eheschließung mit oder ohne Schuld des Beklagten in Unkenntnis von diesem Leiden desselben geblieben ist.

2. Man kann annehmen, daß Klägerin, als sie Kenntnis davon erlangte, daß Beklagter im höchsten Grade epileptisch sei und sich trotzdem zur Fortsetzung des ehelichen Zusammenlebens entschloß, nicht wußte und erfuhr, daß mit diesem Leiden eine Anlage zur Geisteskrankheit verbunden ist, oder sein kann. Wenn nun aber Klägerin meint, falls sie auch des Rechts auf Anfechtung der Ehe wegen Irrtums hinsichtlich des epileptischen Leidens des Beklagten verlustig gegangen sein sollte, so treffe dies doch nicht zu hinsichtlich des Irrtums über die Anlage des Beklagten zur Geisteskrankheit, weil sie nach erlangter Kenntnis von letzterem Umstand die Ehe mit dem Beklagten nicht mehr oder doch nur ganz kurze Zeit fortgesetzt habe, so ist dies irrig.

Die Anlage des Beklagten zur Geisteskrankheit war kein selbständiges Leiden desselben neben der Epilepsie, sondern in und mit dem epileptischen Leiden gegeben. Ist nun Klägerin des Rechts verlustig gegangen, die Gültigkeit ihrer Ehe wegen ihrer Unkenntnis davon, daß Beklagter zur Zeit der Eheschließung an Epilepsie litt, anzufechten, so ist sie so zu behandeln, wie eine Ehefrau, welche ihren Ehemann in Kenntnis davon, daß er an Epilepsie leidet, geheiratet hat. So wenig als letztere nachträglich die Ehe als ungültig anfechten kann, wenn der Ehemann in Geisteskrankheit verfällt, weil sie nicht

---

1) c. 21. X. spons. IV. 1.

gewußt habe, daß Epilepsie diese Folge haben könne, so wenig kann dies Klägerin. Wer mit Geltendmachung einer Thatsache ausgeschlossen ist, welche ihn zur Anfechtung eines Rechtsgeschäfts berechtigt hätte, der ist eben damit ausgeschlossen mit der Geltendmachung aller aus dieser Thatsache abzuleitenden Anfechtungsgründe, beziehungsweise aller aus dieser Thatsache im Laufe der Dinge sich ergebenden Folgen.

Aber auch noch von einem andern Gesichtspunkt aus erscheint die Klägerin nicht berechtigt, ihre Anfechtung der Ehe auf die Geisteskrankheit des Beklagten zu stützen. Es ist nicht behauptet, daß sich beim Beklagten schon vor der Eheschließung jemals irgend welche Spuren von Geisteskrankheit gezeigt haben; die Behauptung, daß er schon damals den Keim der Geisteskrankheit in sich getragen habe, beruht lediglich auf einem Rückschluß aus der Thatsache, daß er später in Geisteskrankheit verfallen ist. Ein solcher Rückschluß wird, falls ein Ehegatte einige Jahre nach Eingehung der Ehe in Geisteskrankheit verfällt, häufig möglich sein. Hieraus allein aber in Verbindung mit dem Umstand, daß der andere Ehegatte von dieser Anlage zur Geisteskrankheit zur Zeit der Eheschließung nichts wußte und nichts wissen konnte, kann eine Ungültigkeit dieser Ehe nicht abgeleitet werden, denn sonst würde der nach unserm Recht zweifellos geltende Grundsatz, daß während der Ehe ausbrechende Geisteskrankheit keinen Ehescheidungsgrund bildet, durchbrochen, sofern in vielen derartigen Fällen Lösung der Ehe — wenn auch nicht in der Form der Ehescheidung, sondern der Ungültigkeitserklärung der Ehe herbeigeführt werden könnte.

Die Unkenntnis der Klägerin von der zur Zeit der Eheschließung angeblich beim Beklagten bereits vorhandenen Anlage desselben zur Geisteskrankheit kann daher für sich allein keinen Grund zur Anfechtung der Ehe geben.

Anders mag es sich verhalten, wenn der eine Ehegatte über eine solche Anlage des andern von letzterem getäuscht, wenn ihm eine solche absichtlich verschwiegen worden ist. Dies würde voraussetzen, daß der zur Geisteskrankheit Beanlagte

oder dessen Angehörige von diesem Umstand Kenntnis haben. Daß dies im vorliegenden Fall zutrifft, ist seitens der Klägerin selbst nicht behauptet und es fehlt für diese Annahme jeder Anhaltspunkt. Epilepsie führt keineswegs notwendig zur Geisteskrankheit und daß Beklagter oder dessen Angehörige zur Zeit der Eheschließung sollten gewußt haben, daß sich aus der Epilepsie desselben Geisteskrankheit entwickeln könne, daß also Beklagter in gewissem Sinne Anlage zur Geisteskrankheit habe, kann bei den gegebenen Verhältnissen keinenfalls unterstellt werden.

Urteil des I. Senats des Oberlandesgerichts v. 14. Juni 1889 in Sachen L. c. L.

38.

Widerspruchsklage (§ 690 C.P.O.) auf Grund eines Retentionsrechts an der gepfändeten Sache.

Im Weg des § 690 C.P.O. kann jedes dingliche oder persönliche Recht eines Dritten an der gepfändeten Sache verfolgt werden, gegenüber welchem die Veräußerung der letztern durch den Schuldner sich als eine rechtswidrige darstellen würde [1]). Steht nämlich dem Schuldner ein Recht zur Veräußerung und daher auch zur Verpfändung jener Sache nicht zu, so kann auch der Gläubiger durch deren Pfändung kein Pfandrecht an derselben erlangen, da ihm die Pfändung nicht mehr Rechte an der gepfändeten Sache verleiht, als der Schuldner an derselben hat.

Als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 690 erscheint nun auch das Retentionsrecht, da der Gewahrsam, welchen der Retentionsberechtigte an der gepfändeten Sache hat, durch deren Pfändung verletzt wird, wenn der Retentionsberechtigte den Gewahrsam nicht zu Gunsten des pfändenden Gläubigers aufgibt. Dies erhellt aus den §§ 712 und

1) Rassow u. Küntzel, Beitr. XXIII, 503, 872, XXVII, 108, Entsch. des R.G. in Seuffert's Arch. XLII. Nr. 187.

713 C.P.O., wonach Sachen des Schuldners nur, soweit sie im Gewahrsam desselben, seines die Vollstreckung betreibenden Gläubigers oder eines zur Herausgabe der zu pfändenden Sache bereiten Dritten sich befinden, der Pfändung unterliegen. Wird daher ohne das Zutreffen einer dieser Voraussetzungen eine im Gewahrsam eines Dritten befindliche Sache gepfändet, so hat der Dritte, welchem ein Recht an der letztern zusteht, eine nach Maßgabe des § 690 zu verfolgende Widerspruchsklage gegen jene Pfändung. Zwar kann der Dritte die beabsichtigte Pfändung durch seinen Widerspruch verhindern und von dem Beschwerderecht des § 685 C.P.O. Gebrauch machen, allein es ist derselbe nicht auf diese Rechtsbehelfe beschränkt. Daß gegen den rechtswidrigen Eingriff in den Gewahrsam eines Dritten durch Pfändung die Widerspruchsklage Platz greift, ergibt sich auch aus der negativen Fassung des § 710 C.P.O., welcher nur dem nicht besitzenden Pfand- oder Vorzugsberechtigten den Widerspruch gegen die Pfändung versagt [1]).

Hienach steht auch dem Retentionsberechtigten, wenn sein Gewahrsam an der von ihm retinierten Sache durch die Pfändung verletzt wird, eine im Weg des § 690 anzustrengende Feststellungsklage zu, welche dahin gerichtet ist, daß die Pfändung jener Sache nicht zu Recht bestehe und daher vom Pfändungspfandgläubiger freizugeben sei [2]).

Urteil des II. Civil-Senats des Oberlandesgerichts vom 28. Juni 1888 in Sachen Steiner u. Sohn gegen Bank Baden.

39.

Haftung des mit dem Wechseleinzug Beauftragten für Verschulden in der Auswahl des Substituten.

Der Kläger Alteisenhändler S. hatte unterm 28. Juni

1) Entsch. des R.G. IX, 427, desgl. in Seuffert's Arch. XXXVII Nr. 80, Rassow u. Küntzel a. a. O. XXIII, 885, XXVIII, 108, 126, Wilmowski-Levy, C.P.O. (4. A.) S. 899, Gaupp, Komm. III, 216 Z. VI.

2) vergl. Seuffert a. a. O. XLII Nr. 187.

1888 eine an ihn indossierte, auf August G. in Thal gezogene und von demselben acceptierte Tratte über Mk. 582,80, zahlbar am 3. Juli 1888 bei dem Aussteller Julius W. in Gotha, mit einem Blankoindossament versehen, dem Bankhaus G. H. K. Söhne in Stuttgart, den Beklagten, neben weiteren Wechseln zum Einzug übergeben.

Die Beklagten haben diesen Wechsel am gleichen Tage mit Prokuraindossament an die Ordre der K. Bank A. G. in Mannheim weiter übertragen, und rechtfertigen dieses Verfahren damit, daß diese Bank den Einzug von Wechseln auf Nebenplätze als Spezialität besorge, und daß Gotha, wenn sich auch einige Banken dort befinden, als Banknebenplatz erscheine, weil es keine Reichsbankstelle habe. Die K. Bank hatte übrigens unbestrittenermaßen nach ihren, den Beklagten längst bekannt gegebenen, Tarifbestimmungen und Kontokorrentbedingungen die Haftung für rechtzeitige Protesterhebung bei Wechseln auf Nebenplätze abgelehnt.

Von der K. Bank wurde der Wechsel an H. L. in Sonneberg, von diesem am 3. Juli 1888 an L. M. St. in Meiningen, und von diesem an B. M. St. in Gotha weiter begeben, es ist aber weder Zahlung desselben, noch Protesterhebung Mangels Zahlung erfolgt.

Der Kläger erhebt gegen die Beklagte Anspruch auf Entschädigung wegen dieser Versäumnung der Protesterhebung, indem er geltend macht, die Beklagten hätten den Wechsel bei der Nähe seiner Verfallzeit statt einem Bankhaus in Mannheim der Postanstalt zur Vorzeigung an den Domiziliaten W. in Gotha behufs Bezahlung und nötigenfalls Protesterhebung übergeben sollen; sie haben jedenfalls den Wechsel nicht an die K. Bank zum Einzug begeben dürfen, weil diese Bank, wie den Beklagten bekannt gewesen sei, eine Haftverbindlichkeit für rechtzeitige Protesterhebung M. Z. bei Nebenplätzen, zu welchen nach der eigenen Annahme der Beklagten Gotha gehöre, nicht übernehme.

Das Oberlandesgericht erklärte den Entschädigungsanspruch des Klägers aus folgenden Gründen für zutreffend:

Der den Beklagten, einem Bankhause, vom Kläger erteilte Auftrag zur Einkassierung des in Gotha zahlbaren, mit einem Blankoindossamente des Klägers, welches Beklagte nachträglich ausgefüllt haben, versehenen Wechsels enthält, wie nach Art. 17 der Wechselordnung das Inkassoindossament, den Auftrag, Mangels Zahlung Protest erheben zu lassen. Die Beklagten haben daher durch die Annahme dieses Auftrags gegenüber dem Kläger für den Fall des Unterbleibens der Zahlung die Verpflichtung zur Protesterhebung übernommen, und zwar hatten sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anzuwenden (Handelsgesetzbuch Art. 282).

Wenn nun auch Beklagte bei der Entfernung des Zahlungsorts des Wechsels von ihrem Wohnsitze nach dem Sinne des ihnen erteilten Auftrags berechtigt waren, sich zur Ausführung desselben der Vermittlung Dritter zu bedienen, so sind sie doch durch die der K. Bank in Form eines Prokura-Indossaments übertragene Einziehung fraglichen Wechsels von der Verantwortung für die Versäumung der Protesterhebung erst dann befreit, wenn sie den Nachweis liefern, daß sie bei der Auswahl des von ihnen zur Ausführung des Auftrags bestellten Substituten die erforderliche Sorgfalt angewendet haben [1]).

Nach der eigenen Einräumung der Beklagten übernimmt jedoch die mit der Besorgung der Wechseleinziehung beauftragte K. Bank nach ihren den Beklagten längst kundgegebenen Tarifbestimmungen bei Wechseln auf Nebenplätze, zu welchen nach der Annahme der Beklagten Gotha zählt, keine Verantwortung für rechtzeitige Protesterhebung. Den Beklagten steht daher wegen der unterbliebenen Protesterhebung kein Regreßanspruch an diese Bank zu, und es haben sich dieselben durch die Wahl dieses Substituten außer Stand gesetzt, für diesen Fall ihrer

1) Windscheid, Pandekten Aufl. 6 § 410, Anm. 6 u. dort Cit.; ferner Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 8 S. 152, S. 153; Archiv für Wechselrecht, Bd 17 S. 413.

Verbindlichkeit, dem Kläger ihre Regreßansprüche an die Bank zu übertragen, nachzukommen. Durch diese Auswahl eines Substituten, welcher, wie sie wußten, für den durch Versäumnis der Protesterhebung verursachten Schaden nicht aufzukommen hat, haben sie bei der Vollziehung des ihnen vom Kläger erteilten Auftrags dessen Interesse nicht genügend gewahrt, es fällt ihnen daher eine Verschuldung in der Auswahl dieses Substituten zur Last.

Hiebei wäre nicht erheblich, falls sämtliche Banken bei Uebertragung des Einzugs von Wechseln auf Nebenplätze, zu welchen nach Annahme der Beklagten Gotha gehört, eine Gewähr für rechtzeitige Protesterhebung nicht übernehmen, wie Beklagte geltend machen. Denn wenn dies richtig sein sollte, so hätte die den Beklagten obliegende Sorgfalt in der Ausführung des erhaltenen Auftrags erfordert, daß sie überhaupt ein außerhalb des Zahlungsortes — Gotha — befindliches Bankgeschäft mit der Einziehung fraglicher Wechsel zu beauftragen unterlassen und sich unmittelbar an eines der unbestritten an diesem Orte bestehenden Bankgeschäfte behufs Ausführung fraglichen Auftrags gewendet hätten, wofern sie nicht, wie sie dies nach dem von ihnen vorgelegten Formulare einer Abrechnung mit ihren Kunden sonst zu halten pflegen, vorzogen, sich mit dem Kläger über Erlassung jeder Verantwortlichkeit für Versäumung des Protestes zu verständigen.

Haben sich Beklagte bei der im vorliegenden Falle an sich zulässigen Substitution ein Versehen in der Auswahl des Substituten zu Schulden kommen lassen, so haften sie dem Kläger für den ihm hiedurch verursachten Schaden. Dieser Schaden des Klägers besteht darin, daß er zufolge der Nichterhebung des Protestes Mangels Zahlung des wechselmäßigen Anspruchs gegen Acceptanten, Vormänner und Aussteller, dessen Erfolglosigkeit nicht behauptet wird (Wechselordnung Art. 43), und damit des Betrags der entwerteten Wechselforderung verlustig geworden ist. Das Bestehen dieses Schadens wäre nicht ausgeschlossen, falls dem Kläger als Wechselinhaber noch ein Bereicherungsanspruch im Sinne des Art. 83 der Wechsel-

ordnung, mittelst dessen er möglicherweise seinen Schaden auszugleichen in der Lage ist, zustehen sollte. Denn es kann dem Kläger nicht zugemutet werden, daß er zunächst diesen unsicheren Anspruch behufs Erreichung des Schadensersatzes verfolge, es bleibt vielmehr den Beklagten überlassen, vom Kläger die Abtretung dieses Anspruchs zu verlangen [1]).

Urteil des I. Civilsenats vom 5. April 1889 in Sachen G. H. K. Söhne in Stuttgart gegen Joh. S. von da, wegen Feststellung.

40.

Zwangsbeitritt zur Orts- oder Fabrik-Krankenkasse für Mitglieder eingeschriebener Hilfskassen, falls diese freie ärztliche Behandlung nicht gewähren. Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 § 75 Schlußsatz.

Nach dem angeführten § 75 Satz 1 sind von der Verpflichtung, einer nach Maßgabe des Krankenversicherungsgesetzes errichteten Orts- (Fabrik- Bau- u. s. w.) Krankenkasse beizutreten, die Mitglieder eingeschriebener Hilfskassen dann befreit, wenn die betreffende Hilfskasse ihren Mitgliedern „mindestens diejenigen Leistungen gewährt, welche die Gemeindekrankenversicherung nach Maßgabe des § 6 des Gesetzes zu gewähren hat." Nach diesem § 6 hat die Gemeindekrankenversicherung als Krankenunterstützung zu gewähren: 1. bei allen Krankheiten freie ärztliche Behandlung und Arznei, 2. bei denjenigen Krankheiten, welche Erwerbsunfähigkeit bewirkt haben, ein Krankengeld in der Höhe der Hälfte des ortsüblichen Taglohns gewöhnlicher Tagarbeiter für jeden Arbeitstag.

Nun hat aber die Mehrzahl der zur Zeit der Erlassung des Krankenversicherungsgesetzes bestehenden eingeschriebenen Hilfskassen die Gewährung freier ärztlicher Behandlung nach ihren Satzungen ausgeschlossen, weil dieselbe bei der großen

1) Seuffert, Arch. Bd. 16 Nr. 139 S. 248, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 12 Nr. 105 S. 316 f.

Anzahl ihrer meist über ganz Deutschland zerstreut wohnenden Mitglieder undurchführbar wäre. Um nun auch solchen Hilfskassen die Möglichkeit zu gewähren, ihren Mitgliedern die Wohlthat der Befreiung von dem neu eingeführten Beitrittszwang zu sichern, ist im zweiten Satz des § 75 folgendes bestimmt: „Kassen, welche freie ärztliche Behandlung und Arznei nicht gewähren, genügen dieser Bedingung durch Gewährung eines Krankengelds von drei Vierteln des ortsüblichen Tagelohns." Während also das von der Gemeindekrankenversicherung nach § 6 zu gewährende, neben der freien ärztlichen Behandlung zu reichende Krankengeld zwei Viertel des ortsüblichen Taglohns beträgt, soll das ebenerwähnte, auch die Gewährung der ärztlichen Behandlung vertretende, Krankengeld drei Viertel des ortsüblichen Taglohns ausmachen, jenes (ordentliche) Krankengeld also um ein Viertel übersteigen, wobei die Annahme sich von selbst aufdrängt, daß dieses überschießende Viertel den Ersatz der nichtgewährten ärztlichen Behandlung darstellen werde. Danach scheint es, der Gedanke des fraglichen Schlußsatzes sei der, es sollen die für die Gemeindekrankenversicherung in § 6 vorgeschriebenen Mindestleistungen auch für die erwähnten Hilfskassen maßgebend sein, mit der einzigen Aenderung, daß an die Stelle der Gewährung freier Kur die Gewährung eines Geldersatzes von ein Viertel des ortsüblichen Taglohns trete. Und diese Auffassung des Gesetzes würde wohl auch kaum beanstandet sein, wenn seine Fassung dahin lautete: Die eingeschriebenen Hülfskassen, welche freie ärztliche Behandlung nicht gewähren, genügen der fraglichen Bedingung durch Gewährung „einer Krankenunterstützung" (oder „einer Geldleistung") von drei Vierteln des ortsüblichen Taglohns; es heißt aber: „durch Gewährung eines Krankengelds" des angegebenen Betrags. Nach § 6 ist aber „ein Krankengeld" (Ziff. 2) nur dann zu gewähren, wenn die Krankheit Erwerbsunfähigkeit im Gefolge hat; Kranke, welche ihre Krankheit am Erwerb nicht hindert, haben bloß freie ärztliche Behandlung, kein Krankengeld anzusprechen. Unter Hinweis auf den Wortlaut des § 75 Satz 2, wonach die ein-

22*

geschriebenen Hilfskassen, welche freie Kur nicht gewähren, der gesetzlich vorgeschriebenen Mindestleistung genügen durch Gewährung „eines Krankengelds von drei Vierteln des ortsüblichen Taglohns", wird nun von den Vertretern der eingeschriebenen Hilfskassen geltend gemacht: Da von einem „Krankengeld" bloß die Rede sein kann im Fall einer Erwerbsunfähigkeit des Kranken, und die in § 75 Satz 2 verlangte Gewährung von drei Vierteln des ortsüblichen Taglohns nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes zu gewähren sei als „ein Krankengeld", nicht als Unterstützung überhaupt, so folge, daß die, freie Kur nicht gewährenden, eingeschriebenen Hilfskassen in Krankheitsfällen ohne Erwerbsunfähigkeit überhaupt nichts zu gewähren haben, daß sie also der erwähnten Bedingung schon dann genügen, wenn sie dem erkrankten Mitglied nur im Fall seiner Erwerbsunfähigkeit eine Krankenunterstützung, und zwar in Form eines Krankengelds in der Höhe von drei Vierteln des ortsüblichen Taglohns, gewähren. Dem wird von anderer Seite entgegengehalten: Diese Auslegung würde zur Folge haben, daß die Mitglieder solcher Hilfskassen bei Krankheiten, welche ihre Erwerbsfähigkeit nicht aufheben, jeder Krankenunterstützung entbehren würden, da sie, von dem Zwang zum Eintritt in eine der neu errichteten Krankenkassen befreit, diesen voraussichtlich auch nicht freiwillig beitreten und (nach § 75 Satz 1) auch von der Gemeindekrankenversicherung ausgeschlossen sein würden, während sie doch auch in den genannten leichteren Krankheitsfällen, nach ihrer wirtschaftlichen Lage, der gesicherten Unterstützung nicht wohl entbehren könnten. Dieser Zustand könne nicht im Sinne des Gesetzes gelegen sein; der ausgesprochene Zweck des § 6, jedem Arbeiter ein Mindestmaß von Krankenunterstützung unter allen Umständen zu sichern, müsse notwendig zu der Auslegung des § 75 führen, daß auch dem nicht erwerbsunfähig gewordenen erkrankten Mitglied einer eingeschriebenen Hilfskasse wenigstens der Anspruch auf freie ärztliche Behandlung und in deren Ermangelung auf ihren (gesetzlich zu ein Viertel des ortsüblichen Taglohns gewerteten) Gelderſatz zukommen solle.

Bei der großen Anzahl der erwähnten Hilfskassen ist diese Streitfrage von nicht unerheblichem Belang; es liegen über sie mehrfache Aussprüche oberster deutscher Verwaltungsbehörden, Verwaltungsgerichte und Gerichte vor, welche in ihrer Mehrzahl der zuletzt erwähnten Auslegung folgen; eben diese ist auch vom Oberlandesgericht Stuttgart 1. Civilsenat, in einer Entscheidung vom 28. Dezember 1888 gebilligt, mit nachstehender Begründung:

Für das richtige Verständnis des § 75 des Krankenversicherungsgesetzes ist es nötig auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, zunächst auf den Entwurf desselben, zurückzugehen.

„Der Entwurf § 69 stimmt mit § 75 des Gesetzes wörtlich überein, mit der einzigen Abweichung, daß er im 2. Satz die Gewährung eines Krankengeldes von zwei Dritteln (statt wie im Gesetz von drei Vierteln) des ortsüblichen Taglohns zur Bedingung macht. Augenscheinlich ist, daß auch dieser Betrag den Belauf des ordentlichen (schon im Entwurf § 6 Abs. 3 auf die Hälfte des ortsüblichen Taglohns gewöhnlicher Tagarbeiter festgesetzten) Krankengelds übersteigt; daraus, daß das ordentliche Krankengeld nach dem Entwurf stets neben der freien ärztlichen Behandlung und Arznei, das höhere Krankengeld des § 69 Satz 2 des Entwurfs dagegen ohne diese letztere zu gewähren ist, erhellt sofort, daß der Mehrbetrag dieses letzteren (von einem Sechstel des Taglohns) als Ersatz für die nicht gewährte freie Kur gedacht ist, wie denn auch dieser Mehrbetrag bei der Beratung des Gesetzes im Reichstag in dieser Bedeutung aufgefaßt (übrigens mit einem Sechstel des Taglohns als zu nieder bemessen erachtet und deshalb — nach eingehender Erörterung der über den durchschnittlichen Aufwand für die freie ärztliche Behandlung bisher von den Krankenkassen gemachten Erfahrungen — auf ein Viertel desselben erhöht, das Krankengeld also im ganzen auf drei Viertel festgesetzt) wurde. Danach enthält denn die scheinbar einheitliche Bestimmung des fraglichen Schlußsatzes in der That zwei verschiedene Anordnungen, nämlich einmal die Vorschrift, daß von den dort bezeichneten Hilfskassen ein Krankengeld im Belauf der

Hälfte des ortsüblichen Taglohns zu gewähren, und zweitens die Anordnung, daß als Ersatz für die von ihnen nicht gewährte freie Kur ein weiterer Geldbetrag von einem Sechstel (jetzt von einem Viertel) des Ortstaglohns zu leisten sei.

Der Entwurf wollte, im Anschluß an das Unfallversicherungsgesetz, überhaupt nur Fürsorge treffen für die durch Krankheit bewirkte Erwerbsunfähigkeit und hatte deshalb die von der Gemeindekrankenversicherung zu gewährende Krankenunterstützung, welche als gesetzliche Mindestleistung maßgebend sein sollte auch für die auf Grund des Gesetzes zu errichtenden besonderen (Orts-, Fabrik-, Bau- rc.-) Krankenkassen, nur „im Fall einer durch Krankheit herbeigeführten Erwerbsunfähigkeit" vorgeschrieben, (§ 56 des Entw.) sonach den reichsgesetzlichen Anspruch auf Krankenunterstützung überhaupt an die Bedingung der Erwerbsunfähigkeit geknüpft. Von dieser Grundlage aus war denn ganz folgerichtig anzunehmen, daß auch die in § 69 Satz 2 des Entw. denjenigen Hilfskassen, welche freie Kur nicht gewähren, auferlegte „Gewährung eines Krankengeldes" an die Bedingung einer durch die Krankheit bewirkten Erwerbsunfähigkeit geknüpft sei, — es konnte die Frage, ob auch noch in andern Krankheitsfällen Anspruch auf Unterstützung zu erheben sei, vom Standpunkt des Entwurfs aus gar nicht entstehen. Uebrigens ist hervorzuheben, daß der in Frage stehende Schlußsatz des § 69 des Entwurfs für sich allein für die Beantwortung der Frage, in welchen Krankheitsfällen (und für welche Zeiträume) das dort vorgeschriebene Krankengeld zu gewähren sei, nichts an die Hand gibt, insbesondere dem Gebrauch des Ausdrucks „Krankengeld" ein sicherer Anhaltspunkt hiefür nicht zu entnehmen war, sofern im Entwurf das Wort Krankengeld überhaupt keine feststehende Bedeutung hat, vielmehr da, wo für die Leistungen der Gemeindekrankenversicherung und der organisierten Krankenkassen die gesetzlichen Voraussetzungen angegeben werden (in § 5. 6. 16. 58. 65. 67 des Entw.), für das Ganze der Leistung der Ausdruck „Krankenunterstützung" gebraucht ist, und die beiden Bestandteile derselben (welche nach dem Entwurf notwendig neben

einander zu gewähren waren) als „freie ärztliche Behandlung und Arznei" und als „Geldunterstützung" bezeichnet werden, — wobei übrigens für diesen letzteren Ausdruck an einzelnen Stellen des Entwurfs, z. B. in § 17 Nr. 2 — allerdings auch das Wort „Krankengeld" sich findet. Nach dem Entwurf also war die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen (und für welche Zeiträume) das in dem fraglichen Schlußsatz vorgeschriebene Krankengeld zu gewähren sei, keineswegs aus dem eigenen Inhalt dieses letzteren selbst zu entnehmen, konnte vielmehr nur durch Verbindung desselben mit dem vorhergehenden Satz und dem dort in Bezug genommenen § 6, also nur dadurch gewonnen werden, daß jener Schlußsatz nicht getrennt für sich, sondern im Zusammenhang des ganzen Gesetzes aufgefaßt wurde. In diesem Zusammenhang aber konnte, wie schon bemerkt, diese Beantwortung nicht zweifelhaft sein, da § 6 (und 5) des Entwurfs überhaupt nur im Fall der Erwerbsunfähigkeit Unterstützung gewähren will. Vom Standpunkt des Entwurfs aus also wäre die Auslegung des Beklagten allerdings begründet.

Anders ist dies aber, nachdem § 5 und 6 des Entwurfs auf Antrag der Kommission des Reichstags abgeändert und im Gesetze ausgesprochen ist, daß in allen Krankheiten, auch wenn sie Erwerbsunfähigkeit nicht begründen, Krankenunterstützung zu gewähren sei; nunmehr erscheint es als einfaches Gebot der Folgerichtigkeit, anzunehmen, daß dies auch gelte für die im Schlußsatz des § 75 genannten Kassen, wie es gilt — nicht bloß für die Gemeindekrankenversicherung, sondern auch (gemäß §§ 20. 58. 71. 73) für die organisierten Krankenkassen des Gesetzes. Denn auch jetzt ist aus § 75 Satz 2 des Gesetzes für sich allein so wenig, wie aus § 69 Satz 2 des Entwurfs allein, zu entnehmen, in welchen Krankheitsfällen und für welche Zeiträume der Betrag von drei Vierteln des Ortstaglohns zu gewähren sei, vielmehr ist die Entscheidung dieser Frage nach wie vor der Aenderung des § 5 und 6 aus dem vorhergehenden Satz 1, beziehungsweise aus dem dort angezogenen § 6 des Gesetzes abzuleiten; und wenn man je

bezweifeln wollte, daß der erste Satz des § 75 (als eine für alle dort genannten Hilfskassen giltige Regel) auf Satz 2 desselben, (als eine nur für die dort bezeichnete besondere Art der Hilfskassen berechnete Ausnahmebestimmung) anwendbar sei, so wäre die Entscheidung aus den Grundlagen des Gesetzes, also unmittelbar aus § 5 und 6 desselben zu gewinnen, wonach die Krankenunterstützung in allen Fällen von Krankheit zu gewähren ist. Allerdings ist diese „Unterstützung" nicht in allen Fällen dieselbe, vielmehr ist nach § 6 1. bei allen Krankheiten ärztliche Behandlung und Arznei vom Beginn der Krankheit ab, 2. bei den mit Erwerbsunfähigkeit verbundenen Krankheiten ein Krankengeld (im Betrag der Hälfte des Ortstaglohns) zu gewähren, während in § 75 Satz 2 nur eine Leistung: ein Krankengeld von drei Vierteln des Ortstaglohns vorgeschrieben ist. Gleichwohl kann die Anwendung des Grundsatzes des § 6 auf Satz 2 des § 75 keinem Anstand unterliegen, da, wie oben gezeigt, die anscheinend einheitliche Leistung von drei Vierteln des Taglohns in der That zweierlei Leistungen in sich befaßt, deren eine, dem Krankengeld des § 6 Nr. 2 entsprechend, (und von dem gleichen Betrag mit jenem) nur im Fall der Erwerbsunfähigkeit, vom dritten Tag nach der Erkrankung ab, die andere, der ärztlichen Behandlung des § 6 Nr. 1 entsprechende, d. h. deren Ersatz darstellende, im Belauf von einem Viertel des Taglohns, in allen Krankheitsfällen, vom Beginn der Krankheit ab, zu gewähren ist.

In solcher Weise die unvollständig ausgedrückte Vorschrift des § 75 S. 2 mittels Heranziehung des § 6 zu ergänzen, kann aber auch nicht aus dem Grund unzulässig sein, weil in demselben jene beiden in einem Gesamtbetrag zusammengefaßten Leistungen als „ein Krankengeld" bezeichnet sind; denn obwohl jetzt, vermöge der in § 6 des Gesetzes beliebten Gegenüberstellung von ärztlicher Behandlung und Arznei einer- und von „Krankengeld" andererseits und der gemeinsamen Unterordnung beider Leistungen unter den Begriff der „Krankenunterstützung", der Ausdruck „Krankengeld" eine technische, von dem Ausdruck Krankenunterstützung verschiedene Bedeutung ge-

wonnen hat, bleibt es doch nicht minder wahr, daß diese beiden, nahe verwandten, Ausdrücke im gewöhnlichen Sprachgebrauch leicht für einander gebraucht werden, und würde schon deshalb die Annahme, daß in § 75 Satz 2 die Bezeichnung Krankengeld nicht im technischen Sinn des Gesetzes, sondern in der weitern Bedeutung einer (in Geld zu leistenden) Krankenunterstützung überhaupt (also gleichbedeutend mit dem im Entwurf § 6 Abs. 4 und sonst vorkommenden Ausdruck „Geldunterstützung") gebraucht sei, nichts Gezwungenes haben; es kommt aber hinzu, daß der fragliche Ausdruck in § 75, 2 sich leicht und einfach daraus erklärt, daß er aus dem Entwurf (in welchem er, wie gezeigt, in nicht-technischem Sinne verwendet war) höchst wahrscheinlich deshalb unverändert übernommen worden ist, weil übersehen wurde, daß er mit dem veränderten Inhalt des § 6 nicht mehr ganz im Einklang sei — ein Uebersehen, das bei der Art der Entstehung des Gesetzes nichts Auffälliges haben kann.

Wollte man dagegen, mit dem Beklagten, annehmen, daß (weil in einem Gesetze der technische Gebrauch der Worte zu vermuten) die Gesamtleistung von drei Vierteln des Ortstaglohns als „ein Krankengeld" im Sinn des § 6 Nr. 2 vorgeschrieben, also nur im Fall der Erwerbsunfähigkeit zu gewähren sei, so würde das Ergebnis dieser Auslegung in auffälligem Widerspruch stehen mit dem Zweck des ganzen Gesetzes, wie mit dem der besonderen Vorschrift des fraglichen Schlußsatzes. Daß die Arbeiter, welche bei solchen Hilfskassen versichert sind, deren Mitglieder über weite Strecken zerstreut wohnen, und für welche deshalb freie Kur zu gewähren nicht thunlich ist, in allen Krankheitsfällen, in welchen die Erwerbsfähigkeit nicht gänzlich aufgehoben ist, eine Unterstützung überhaupt nicht sollten beanspruchen können, stimmt schlecht mit der (in der allgemeinen Begründung ausgesprochenen) Absicht des Gesetzes, „alle Arbeiter, welche gegen Unfall zu versichern sind, auch gegen Krankheit zu versichern und ihnen eine ausreichende Krankenunterstützung zu sichern"; in der besonderen Begründung zu § 68 und 69 des Entwurfs sodann ist bezüglich seines Verhältnisses

zu den schon bestehenden eingeschriebenen Hilfskassen (soweit diese auf freier Uebereinkunft beruhen) ausgesprochen, daß diese in ihrer bisherigen Organisation verbleiben und in ihre Verhältnisse überhaupt nur soweit eingegriffen werden solle, als dies zu Erreichung des Gesetzeszwecks unumgänglich nötig sei; als unumgänglich erforderlich aber ist bezeichnet, daß „den Mitgliedern dieser Hilfskassen dasselbe Maß der Krankenunterstützung gesichert werde, welches den Mitgliedern der auf Grund dieses Gesetzes zu errichtenden Krankenkassen gewährt wird.“ Derselbe Gesichtspunkt ist auch von der Kommission des Reichstags als maßgebend anerkannt, indem sie in ihrem Bericht (zu § 6 des Entwurfs) ausdrücklich hervorhebt, daß nach § 69 des Entwurfs der § 6 auch für die Hilfskassen maßgebend sei, und deshalb § 6 „das Minimum dessen feststelle, was in Zukunft ein jeder gegen Krankheit versicherter Arbeiter an Krankenunterstützung zu beanspruchen haben werde“ — was nur dahin verstanden werden kann, daß gemäß § 69 jeder bei einer eingeschriebenen Hilfskasse gegen Krankheit versicherte Arbeiter auf die in § 6 bezeichnete Krankenunterstützung, also unter allen Umständen auf ärztliche Behandlung oder doch auf deren durch Satz 2 des § 69 bezeichnetes Surrogat Anspruch zu machen habe.

Wenn geltend gemacht wurde, daß Krankheiten, welche keine Erwerbsunfähigkeit bewirken, seltene Fälle seien, auch, wegen Fortbezugs des Arbeitslohns, keinen Notstand für den erkrankten Arbeiter begründen, und deshalb gesetzliche Fürsorge nicht als geboten erscheinen lassen, so widerlegt sich diese Annahme durch die Thatsache, daß durch Abänderung der §§ 5 und 6 des Entw. und ihre Ausdehnung auf alle Krankheiten das Bedürfnis einer Sicherung der Krankenunterstützung auch in den die Erwerbsfähigkeit nicht aufhebenden Krankheitsfällen als vorhanden anerkannt worden ist, und es ist nicht anzunehmen, daß einzig für diejenigen Arbeiter, welche bei der in § 75 Satz 2 bezeichneten Gruppe von Hilfskassen versichert sind, ein solches Bedürfnis nicht als vorliegend angenommen worden sein sollte.

Allerdings ist (in der allgemeinen Begründung) anerkannt, daß die Gewährung ärztlicher Behandlung an weit zerstreut wohnende Mitglieder „für die genannten Kassen undurchführbar sein würde"; allein hieraus ist (S. 146 Sp. 1 Abs. 2 der Stenogr. Berichte v. 1882/83) doch nur *die* Folgerung gezogen, daß es diesen Kassen in die Wahl gestellt bleiben müsse, ob sie neben einem (alsdann geringeren) Krankengeld auch freie Kur, oder ob sie *bloß* Krankengelder gewähren wollen; eine Unthunlichkeit für diese Kassen, die nicht gewährte freie Kur durch eine *erhöhte* Geldleistung zu ersetzen, ist hienach nicht anerkannt und sind deshalb die fraglichen Kassen in § 75 S. 2 in der That nur von der Verpflichtung, die ärztliche Behandlung in *Natur* zu gewähren, entbunden, sofern in der oben hervorgehobenen Erhöhung des Krankengelds um ein Viertel des Taglohns, beziehungsweise um die Hälfte seines *ordentlichen* Betrags, die Leistung eines Geldersatzes hiefür angeordnet und damit kundgegeben ist, daß jene Kassen von der fraglichen Verpflichtung nicht schlechthin, sondern nur gegen Entrichtung des bezeichneten Entgelts befreit sein sollten.

Wenn bei Beratung des Gesetzes ausgesprochen wurde, daß durch Zulassung des Geldersatzes für die ärztliche Behandlung die genannten Hilfskassen, im Interesse ihres erleichterten Fortbestehens, vor den übrigen Kassen, welchen die Gewährung der ärztlichen Hilfe in Natur zur Pflicht gemacht ist, *begünstigt* seien, so folgt hieraus noch nicht, daß die Absicht der Begünstigung gegenüber diesen Kassen noch weiter gegangen und auch dazu fortgeschritten sei, denselben auch die Gewährung des Geldersatzes in den leichteren Krankheitsfällen zu erlassen. Nichts in den Verhandlungen deutet hierauf hin, und es ist bisher auch kein Grund angeführt worden, welcher eine solche unbedingte Befreiung der genannten Kassen nach deren besonderen Verhältnissen etwa als notwendig erscheinen ließe. Die allgemeine Begründung des Gesetzes erklärt es (a. a. O.) „für ratsam, die Gewährung freier ärztlicher Behandlung und freier Arznei zu einem notwendigen Bestandteil der zu gewährenden Krankenunterstützung zu machen, da hiedurch bei

der Mehrzahl der versicherten Personen demjenigen Bedürfnis abgeholfen wird, welches andernfalls keine, oder doch nur eine höchst ungenügende Befriedigung findet." Danach würde schon durch Zulassung eines Gelderſatzes für die freie Kur der Gesetzeszweck beeinträchtigt; um so weniger ist anzunehmen, daß es im Sinne des Gesetzes gelegen sei, jene Hilfskassen auch noch von der Leistung des Gelderſatzes zu entbinden.

Ganz unerheblich endlich ist die Einwendung des Beklagten, daß bei der hier vertretenen Auslegung aus dem Gesetze nicht zu entnehmen wäre, wieviel Geld als Ersatz der nicht gewährten ärztlichen Behandlung bei Krankheiten ohne Erwerbsunfähigkeit zu gewähren sei, und deshalb die Bestimmung der Größe dieses Ersatzes der richterlichen Willkür anheimfiele. Schon oben ist darauf hingewiesen, daß die in § 75 Satz 2 vorgeschriebene Leistung von drei Vierteln des Ortstaglohns zwei verschiedene Auflagen in einen Ausdruck zusammenfaßt und neben der Leistung des hälftigen Taglohns als Krankengeld die Gewährung von ein Viertel desselben als Surrogat der freien Kur anordnet; wenn nun, bei Beziehung des Schlußsatzes auch auf die mit Erwerbsunfähigkeit nicht verbundenen Krankheiten, bei den letzteren, gemäß § 6 Nr. 1 die Gewährung des Krankengelds im eigentlichen (technischen) Sinn in Wegfall kommt (weil der Arbeitslohn in solchen Fällen dem Arbeiter nicht entgeht, also auch kein Ersatz für denselben nötig wird), so bleibt doch für diese Krankheiten die im Schlußsatz enthaltene zweite Anordnung: die der Gewährung eines Viertels des ortsüblichen Taglohns als Ersatz der auch bei diesen Krankheiten notwendigen ärztlichen Behandlung und Arznei bestehen; von einem Anspruch auf anderen Ersatz aber und von einem andern Maßstab seiner Höhe, als dem eben dort bezeichneten Taglohn-Viertel, kann natürlich keine Rede sein; dieses letztere aber ist durch § 8 des Gesetzes genügend bestimmt.

Die vom Beklagten vertretene Auslegung des § 75 hat allerdings die Autorität des Bundesrats für sich, sofern die von diesem am 14. März 1884 veröffentlichten „Musterstatuten"

einer Orts- und einer Betriebs-Krankenkasse (in den Bestimmungen ihrer §§ 15. 13 Z. 2 beziehungsweise 7—12 Abs. 1) offenbar dieselbe Auslegung zur Voraussetzung haben; allein diese Ansicht des Bundesrats ist, wie in den einleitenden Bemerkungen zu jenen Statuten selbst bemerkt ist „in keiner Weise verbindlich.“

Auch ist das k. preußische Oberverwaltungsgericht (in einer bei Reger, Sammlung 2c. Bd. 7 S. 407 f. veröffentlichten Entscheidung v. 25. Oktober 1886), das k. preußische Ministerium für Handel und Gewerbe (in einem Normalerlaß v. 24. Nov. 1886) und das k. sächsische Ministerium des Innern (in einem Erlaß v. 1. Nov. 1884: Zeitschrift für Arbeiterversorgung, Jahrg. 1885 S. 41. 46) der hier vertretenen Ansicht gefolgt.

Urteil des I. Civilsenats des Oberlandesgerichts in der Berufungssache des Gipsermeisters Reutter in Cannstatt gegen die gemeinsame Ortskrankenkasse in Cannstatt vom 28. Dezember 1888.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

B. in Strafsachen.

23.

Zurücknahme der Privatklage und Zurücknahme des Strafantrags. Prozessuale Natur der in §§ 359 u. 368 der Str.P.O. enthaltenen Bestimmungen.

Urteil des Straffen. v. 22. Mai 1889 in der P.-Kl.-S. des G. J. B. v. C. gegen Ch. H. v. S. wegen Beleidigung. (Num. 141. v. 1889.)

Die Revision des wegen eines Vergehens der Beleidigung verurteilten Angeklagten wurde aus folgenden Gründen verworfen.

Seitens des Privatklägers ist ursprünglich wegen des den Gegenstand der angefochtenen Aburteilung bildenden Vorgangs bei dem K. Amtsgerichte S. eine Privatklage eingereicht, dieselbe aber, nachdem der Angeklagte den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit erhoben hatte, unter dem 14./15. Jan. 1889 „wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichts" zurückgenommen worden, „um sie bei dem Amtsgerichte C. anhängig zu machen." Nachdem sodann letzteres geschehen war, hat das in I. Instanz von dem K. Schöffengericht zu C. erlassene Urteil den Angeklagten wegen eines Vergehens der Beleidigung gemäß § 185 d. St.G.B. zu Strafe und Kosten verurteilt. Die von dem Angeklagten gegen dieses Urteil eingelegte Berufung war mit der Erklärung verbunden, daß die Berufung „lediglich auf Verletzung des § 432 der St.P.O. gestützt" werde. Der Berufungsrichter hat sich, wie die Gründe seines Urteils ergeben, mit Bezugnahme auf die der Einlegung des Rechtsmittels beigefügte Erklärung darauf beschränkt, das Urteil erster Instanz seiner Prüfung bezüglich der Frage, ob der § 432 der St.P.O. verletzt sei, zu unterziehen; er hat demnächst ausgesprochen, die Zurücknahme einer Privatklage im Sinne der §§ 431 und 432 der St.P.O. setze eine Erklärung oder ein Verhalten des Privatklägers voraus, woraus sich ergebe, daß er entweder auf die strafrechtliche Verfolgung der Sache überhaupt oder wenigstens auf deren Verfolgung im Wege der Privatklage verzichten wolle, was beides auf den vorliegenden Fall nach der Beschaffenheit der klägerischen Erklärung vom 14/15. Jan. d. J. nicht zutreffe, und er hat demzufolge die eingelegte Berufung als unbegründet verworfen. — Die Revision macht „Verletzung des materiellen Strafgesetzes, auf welcher das Urteil beruhe", geltend und sagt weiter: „insbesondere werde die Verletzung des § 432 der St.P.O. gerügt, einer Bestimmung, welcher nicht nur eine prozessuale, sondern auch eine materielle rechtliche Bedeutung zukomme."

Durch diesen Angriff der Revision wird zunächst nicht berührt die prozessuale Entscheidung, welche der Berufungsrichter darüber getroffen hat, inwieweit das Urteil erster In-

stanz angefochten, also seiner Prüfung zu unterziehen sei. — Was aber den durch die Rüge einer Verletzung des § 432 der St.P.O. [1]) spezialisierten Angriff der Revision anbelangt, so kommt in Betracht, daß die über die Zurücknahme einer Privatklage Bestimmungen gebenden §§ 431 und 432 der St.P.O. lediglich das Verfahren betreffende Rechtsnormen enthalten. Allerdings kann eine auf die Frage der Zurücknahme einer Privatklage sich beziehende Entscheidung zugleich das materielle Recht, und zwar die Bestimmungen über den Strafantrag, dessen Zurücknahme und die Wirkungen einer solchen §§ 61 ff. 194 ff. 232 des St.G.B. betreffen. Beide Akte, der Strafantrag und die Privatklage, sind aber selbstständig zu beurteilen (zu vergl. Entsch. des O.L.G. vom 10. März 1886, in Jahrb. d. W. R.-Pfl. Bd. I S. 181) [2]). Der Berufungsrichter hat entschieden, daß eine Zurücknahme des Strafantrags im vorliegenden Falle nicht erfolgt sei, und diese, unter zutreffender Auslegung des Sinns der seitens des Privatklägers unter dem 14./15. Jan. 1889 ausgesprochenen Erklärung gegebene, von Rechtsirrtum freie Entscheidung ist nicht zu beanstanden, die weitere Frage aber, ob Zurücknahme der Privatklage stattgefunden habe und damit die Voraussetzung des § 432 der St.P.O. vorliege, kommt für die gegenwärtige Entscheidung nicht in Betracht, weil sie auf eine solche Rechtsnorm über das Verfahren sich bezieht, auf deren

1) Wiederholt schon hat der Straffenat angenommen, daß die Bestimmungen der §§ 359 u. 368 d. St.P.O. lediglich prozessualer Natur seien, und daß demnach die Revision gegen landgerichtliche Berufungsurteile auf deren Verletzung gemäß § 380 der St.P.O. nicht gestützt werden könne, so z. B. 1./8. Febr. 1888 in P.K.S. des K. M. von S. gegen G. Sch. von E. A. d. E.

2) Zu vergl. ferner: W. Jahrb. II, S. 13—16 (Nr. 3 u. 4); Urteil des Straff. v. 5. Juni 1889 in der P.Kl.S. des J. Sch von H. gegen Th. L. von da: Aufhebung des Berufungsurteils, welches unter der Annahme, daß es wegen ungenügenden Sühneversuchs an einer prozessualen Voraussetzung des Beginns des Privatklagverfahrens fehle, gemäß § 259 der St.P.O. auf Einstellung des Verfahrens wegen Fehlens des erforderlichen Antrags erkannt hatte. A. d. E.

Verletzung nach § 380 der St.P.O. die Revision gegen ein in der Berufungsinstanz erlassenes landgerichtliches Urteil nicht gestützt werden kann [1]).

24.

Einmalige Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren in Straf-Sachen.

Beschluß des Straff. vom 24. April 1889 in P.K.S. des G. L. von S. gegen G. D. von da (N. 124).

Uebereinstimmend mit dem Beschluß vom 6. Febr. 1889. (Jahrb. d. W. Rechtspflege Band II S. 166).

25.

Gelten die in der Strafprozeßordnung enthaltenen Bestimmungen über die Voraussetzungen eines Vorführungsbefehls für eine Vorführung, die von einer Polizeibehörde zur Ausführung einer von ihr innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnung als Zwangsmittel wider eine gegen diese Anordnung ungehorsame Person verfügt worden ist?

Art. 2 des Ges. v. 12. August 1879, betr. Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes vom 27. Dez. 1871.

Urt. d. Straff. v. 20. Febr. 1889 gegen G. W. Sch. von St. wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt (Num. 30).

Dem Angeklagten Sch. wurde am 7. November 1888 von dem Stadtpolizeiamte St., und zwar durch den Polizeikommissär G., eine Entscheidung der K. Stadtdirektion St., wodurch eine Beschwerde des Sch. gegen eine Strafverfügung des gedachten Polizeiamts vom 25. Aug. 1888 verworfen worden war, eröffnet, wobei der Polizeikommissär auf eine andere mit jenem Straffall zusammenhängende, von demselben

---

1) Ueber die Frage, ob die Zurücknahme der Privatklage die Zurücknahme des Strafantrags enthalte, s. u. A.: Olshausen, Komm. z. St G.B. 3. Aufl., zu § 64 N. 21, vergl. mit ebendas. N. 11. A. d. E.

Polizeiamt im Oktober 1888 erlassene rechtskräftige Verfügung, durch welche Sch. wegen groben, gegenüber von zwei Schutzmännern, Kn. und Kch., begangenen Unfugs bestraft worden war, zu sprechen kam; der Angeklagte äußerte sich auf dies in beschimpfender Weise über jene beiden Schutzmänner. Nun erklärte der Polizeikommissär, hierüber müsse sich Sch. verantworten, er werde ein Protokoll aufnehmen; während er sich aber anschickte, einen Bogen Papier herbeizuholen, eilte Sch. mit den Worten: das sei ihm ganz eins u. s. w. — trotz der Aufforderung des Polizeikommissärs, er solle dableiben, die Verhandlung sei noch nicht beendigt — aus dem Zimmer. Als Sch. das Stadtpolizeiamtsgebäude verließ, erteilte der Polizeikommissär einem anwesenden Schutzmann M. mündlich den Befehl, denselben vorzuführen, was so gemeint war und von M. so aufgefaßt wurde: hiezu nötigenfalls Gewalt anzuwenden. Der Schutzmann M. holte den Sch. auf der Straße ein; Sch. leistete aber der Aufforderung zur Rückkehr zu dem Polizeikommissär keine Folge und sodann dem M., der ihm den Befehl zur Vorführung eröffnete und Hand an ihn legte, durch Gewalt und Drohung mit Zuschlagen Widerstand. Das Berufungsgericht, welches in den von dem Angeklagten über die beiden Schutzmänner Kn. und Kch. ausgesprochenen beleidigenden Aeußerungen zugleich eine ungebührliche Aeußerung gegen den Polizeikommissär G. in dem amtlichen Verkehr desselben mit dem Angeklagten erblickte, nahm an, daß der Angeklagte dem Schutzmann M., als einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden berufen sei, in Ausführung eines solchen Befehls, somit in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes durch Gewalt und Bedrohung mit Gewalt wissentlich Widerstand geleistet habe, und verurteilte ihn daher wegen eines Vergehens im Sinne des § 113 des St.G.B. zu Strafe.

Die Revision des Angeklagten wurde aus folgenden Gründen verworfen: Der Vorderrichter ging nach den Urteilsgründen bei der betreffenden Feststellung im wesentlichen von der Erwägung aus, daß der Polizeikommissär G. befugt gewesen sei, von dem

Angeklagten, der sich einer ungebührlichen Aeußerung im mündlichen amtlichen Verkehr schuldig gemacht und durch solche die einem Beamten des Stadtpolizeiamts, also einer Behörde, schuldige Achtung verletzt habe, behufs der Aufnahme eines Protokolls über diese Verfehlung die Anwesenheit im Amtslokal bis zur Beendigung besagter Amtshandlung zu verlangen, daß daher der Polizeikommissär mit dem Befehl an den Angeklagten, in seinem Amtszimmer zu verbleiben, innerhalb seiner Zuständigkeit eine Anordnung getroffen habe, welche dem Angeklagten ordnungsmäßig eröffnet worden sei, daß ferner, da es sich um eine Anordnung des Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 12. August 1879 gehandelt, der gedachte Beamte nach Abs. 2 des angeführten Artikels die Befugnis gehabt habe, diese Anordnung durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel zur Ausführung zu bringen und demgemäß dem Schutzmann M. die nötigenfalls mit Gewalt durchzuführende Vorführung des in ungehorsamer Weise der Amtsgewalt des Beamten sich entziehenden Angeklagten anzubefehlen, daß folglich dieser Befehl ein durchaus gesetzmäßiger, überdies aber für den Schutzmann, als von seinem dienstlichen Vorgesetzten in amtlicher Eigenschaft und Zuständigkeit ihm erteilt, unter allen Umständen verbindlich und der Vollstreckungsbeamte daher zur zwangsweisen Vorführung des Angeklagten berechtigt gewesen sei. Diesen Ausführungen ist ein Rechtsirrtum überall nicht zu entnehmen, und wenn seitens der Verteidigung in der Revisionsinstanz eingewendet wird, daß die Voraussetzungen einer Verhaftung oder einer vorläufigen Festnahme überall nicht vorgelegen seien und jedenfalls die Verhaftung, beziehungsweise der Haftbefehl nicht in den gesetzlichen Formen erfolgt sei, so ist dieser Einwand unbegründet, da die in Frage stehenden Bestimmungen der Strafprozeßordnung, welche von der Verhaftung oder von der Festnahme, bezw. von der Erlassung eines Haft- oder Vorführungsbefehls in gerichtlichen Strafsachen handeln, auf das Verfahren der Verwaltungsstellen in den vor dieselben gehörigen Uebertretungssachen überhaupt keine Anwendung finden, vielmehr in der gedachten

Beziehung lediglich die Bestimmung des Art 2 des Ges. vom 12. Aug. 1879 maßgebend war, nach welcher, wie gezeigt, die zwangsweise Vorführung des Angeklagten als eine vollkommen gerechtfertigte Verfügung erscheint [1]).

26.

Zur Frage der Anwendung des § 193 auf Fälle des § 187 des St.G.B.

Urteil des Straff. vom 17. April 1889 in der Straff. gegen den Bauer Ludwig H. u. dessen Ehefrau Kath. H. von U. wegen Beleidigung. (Num. 103)

Ludwig H. war von dem Landjäger K. bezüglich einer von jenem kurz zuvor über die Landjägermannschaft ausgesprochenen, dieselbe des unzüchtigen Verkehrs mit Mägden beschuldigenden Aeußerung zu einer Erklärung aufgefordert worden, worauf Ludwig H. wider besseres Wissen von dem Landjäger B. die unwahre Thatsache, daß derselbe eine solche Handlung an öffentlichem Orte begangen habe, behauptete und Katharine H. dieses Vorbringen mit den Worten „ja es sei so" bestätigte. Auf diese dem Landjäger K. gegenüber erfolgten Aeußerungen über den Landjäger B. gründete sich die Verurteilung der beiden Angeklagten, und zwar ist Ludwig H. wegen verleumderischer Beleidigung gemäß § 187 des St.G.B., Katharine H. wegen Beleidigung im Sinn des § 186 des St.=

1) Zu vergl. die in dem Württemb. Gerichtsblatt Bd. VII (Jahr 1874) S. 314—316 mitgeteilte Entscheidung des vormaligen K. Kassationshofs v. 17. Sept. 1873, wo ausgesprochen ist, daß die in Art. 84 u. 85 der W. St.P.O. vom 17. April 1868 enthaltenen, von Erlassung des Vorführungsbefehls durch den Untersuchungsrichter in gerichtlichen Strafsachen handelnden Bestimmungen auf das Verfahren der Verwaltungsstellen in den vor dieselben gehörenden Uebertretungssachen keine Anwendung finden, und die von einem Schultheißenamte, unter Einschreitung wegen einer Uebertretung im Sinne des § 366 Z. 2 des St.G.B., getroffene Verfügung der Vorführung des gegen die Ladung auf das Rathaus ungehorsamen Uebertreters als durch Art. 46 des Pol.Str.Ges. v. 27 Dezember 1871 (im wesentlichen mit Art. 2 des Ges. vom 12. Aug. 1879 übereinstimmend) gerechtfertigt erklärt wird. A. d. E.

G.B. verurteilt worden. Die Revision des Ludwig H. wurde verworfen, während auf die Revision der Katharine H. das gegen diese erlassene Urteil nebst den zu Grund liegenden Feststellungen aufgehoben und insoweit die Sache an das Berufungsgericht zurückgewiesen wurde.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte Ludwig H. — — stützt seine Revision, unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Reichsgerichts (Entsch. Bd. V S. 56), auf Verletzung des § 193 des St.G.B. mit der Begründung, daß dem Angeklagten der Schutz des Paragraphen mit Unrecht deshalb versagt sei, weil derselbe sich zu seiner Verteidigung wissentlich falscher Behauptungen bedient und daher die fraglichen Aeußerungen nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht habe. Die Beschwerde ist nicht für zutreffend zu erachten, da, wie das Reichsgericht an anderer Stelle ausgesprochen hat, und womit sich auch die Rechtsprechung des vormaligen Kassationshofs des württemb. Obertribunals im Einklang befindet, eine auf Wahrnehmung berechtigter Interessen gerichtete Absicht und der hieraus abzuleitende Mangel subjektiven Verschuldens da nicht angenommen werden kann, wo wider besseres Wissen von einem Andern ehrverletzende Thatsachen behauptet werden [1]).

Die Angeklagte Katharine H. stützt ihre Revision gleichfalls auf Verletzung des § 193. Die Revision erscheint als begründet — — — —. Der Vorrichter hat auf Grund dieser Thatsachen festgestellt, daß die Angeklagte mit ihrer Aeußerung in Beziehung auf (den Landjäger) B. Thatsachen, welche denselben in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet und nicht erweislich wahr seien, behauptet und mit dieser Behauptung zwar den Zweck, ihren Ehemann vor Verantwortung zu schützen, verfolgt, hiebei aber die Grenzen berechtigter Interessenwahrung

1) Zu vergl. Kass.-Hof d. K. O.Trib. Stuttg. 26. 5. 1875 in Stenglein Ztschr. V, 60 u. W.G.Bl. X, 158. Derselbe 30. 10. 1878 in W.G.Bl. XV, 143—145. R.G. III. Straff. 29. 10. 1881 in Rsp. III, 662. Dagegen: R.G. I, Straff. 10. 10. 1881 in Entsch. V, 56, R.G. IV, Straff. 7. 6. 1887 in Entsch. XVI, 139. A. d. E.

bewußt überschritten habe. Der Vorrichter hat eine solche Ueberschreitung darin gefunden, daß die Angeklagte durch ihre Aeußerung leichtsinnigerweise den guten Ruf des B. gefährdet habe, ohne einen genügenden Anhalt für die Wahrheit ihrer Behauptungen zu haben, und obwohl sie gewußt, daß sie dieselben nicht beweisen könne. Nach dieser Begründung erscheint jedoch die betreffende Feststellung als auf einer rechtsirrtümlichen Auffassung des § 193 beruhend. Die Erwägungen des Vorrichters konnten unter der Voraussetzung, daß die Angeklagte nicht nur so, wie festgestellt, leichtsinnig gehandelt, sondern an die Richtigkeit der zum Schutz ihres Ehemanns vorgebrachten Thatsachen nicht einmal geglaubt hat, wohl dahin führen, die Berechtigung der fraglichen Aeußerung überhaupt zu verneinen und damit die Berufung auf § 193 überhaupt zu beseitigen; sie waren aber niemals geeignet, den Exzeß im Gebrauche der im § 193 anerkannten Befugnis zu begründen, da dieser Exzeß bei richtigem Verständnis des Paragraphen nur darin gefunden werden kann, daß der Thäter über jene Befugnis hinaus die Aeußerung in der Weise gemacht hat, daß aus ihrer Form oder aus den Umständen, unter welchen sie geschehen, das Vorhandensein einer Beleidigung hervorgeht. Ist nun zwar nicht anzunehmen, daß unter den vorliegenden Verhältnissen eine solche Ueberschreitung festgestellt werden könne, so könnte sich hieraus doch die Straflosigkeit der angeschuldigten Aeußerung und sonach für das Revisionsgericht die Veranlassung, in der Sache selbst zu entscheiden, noch nicht sofort ergeben, weil der Vorrichter infolge eines Rechtsirrtums die Frage, ob bei der Angeklagten die aus § 193 fließende Berechtigung vorhanden war, nicht gehörig geprüft und demgemäß eine Feststellung darüber zu treffen unterlassen hat, ob die Angeklagte an die Richtigkeit der von ihr vorgebrachten Thatsachen geglaubt habe. Im Hinblick hierauf und da andererseits die Anwendung des Strafgesetzes auf die festgestellten Thatsachen nicht als gerechtfertigt erscheint, war das Berufungsurteil, soweit es die Bestrafung der Angeklagten Kath. H. ausspricht, nebst den betreffenden Feststellungen aufzuheben.

27.

Voraussetzungen der Berufung auf § 193 des St.G.B. im Fall von Anzeigen strafbarer Handlungen bei einer Behörde. Muß der Anzeigende in betreff der Wahrheit der angezeigten Thatsachen sich in gutem Glauben befinden? Einfluß des Beweggrundes zu der Anzeige.

Urteil des Straff. vom 26. Juni 1889 in der P.Kl.S. des J. Ph. von R. gegen J. B. und dessen Sohn J. B. von da wegen Beleidigung. (Num. 198)

Der Angeklagte jung J. B. hatte einem Landjäger Mitteilung davon gemacht, daß sein Vater, der Mitangeklagte, den Privatkläger eine Handlung habe vornehmen sehen, welche es fraglich mache, ob dieselbe nicht strafbar sei. Infolge dieser Mitteilung hat der Landjäger nachgeforscht und auf dem Rathaus in Gegenwart des Schultheißen den J. B. Vater, welcher den Bezücht seines Sohnes bestätigte, vernommen. Diese Aeußerungen der beiden J. B. wurden zum Gegenstand einer Privatklage wegen Beleidigung im Sinne der „§§ 186 bezw. 187“ des St.G.B. gemacht.

Das Berufungsgericht nahm an, es sei zwar die dem Privatkläger nachgesagte, ihn verächtlich zu machen geeignete Handlung nicht erweislich, aber auch nicht dargethan, daß die Angeklagten an die Wahrheit ihres Bezüchts nicht geglaubt haben, und sprach von der erhobenen Anklage frei. Die Revision des Privatklägers, welche geltend machte, daß den Angeklagten rechtsirrtümlich der Schutz des § 193 des St.G.B. zugebilligt worden sei, wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Ausführungen des vorigen Richters lassen erkennen, daß die der Anklage unterstellte Aeußerung des Angeklagten jung J. B. als „in Ausübung eines staatsbürgerlichen Rechts“ — womit zweifellos gemeint ist: zum Schutze der allgemeinen Rechtsordnung — geschehene Anzeige einer vermeintlich strafbaren Handlung bei einem zur Entgegennahme solcher Anzeigen

berufenen Beamten, die des Angeklagten alt J. B. als Zeugnisablegung gegenüber von zu Erhebungen in der gedachten Richtung berufenen Beamten aufgefaßt wird, und es ist in dieser Auffassung ein Rechtsirrtum nicht zu finden. Vergeblich sucht die Revision dies mit dem unrichtigen Satze zu bekämpfen, daß das staatsbürgerliche Anzeigerecht von der Verantwortung für die Richtigkeit der Behauptung nicht entbinde; denn durch § 193 des St.G.B. wird eben die Behauptung oder Verbreitung einer nicht erweislich wahren Thatsache, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geschieht, geschützt, und dieser Schutz wird dem nicht versagt, der eine Anzeige der gedachten Art macht oder ein Zeugnis, wie vorliegend geschehen, ablegt, sobald jener, wie dieser an die Richtigkeit der von ihm bekundeten Thatsache glaubt. Eben dieser gute Glaube der beiden Angeklagten ist aber von dem vorigen Richter festgestellt, und es ist daher nicht zutreffend, wenn die Revision meint, die Anschauung des Berufungsgerichts führe zu der Konsequenz, daß jeder, dessen Darstellungen von formellen Beleidigungen frei seien, und gegen welchen der Nachweis, daß seine Anzeige wider besseres Wissen gemacht worden, nicht gelinge, straflos einem Landjäger über seinen Nebenmenschen erzählen könne, was er wolle. Ein Bedenken gegen die Beurteilung des Vorderrichters ist aber auch darin nicht zu finden, daß er Haß als mögliche Triebfeder der Anzeige und schadenfrohe Befriedigung der Angeklagten als ihre mögliche Empfindung bei einer Mitteilung, welche den Privatkläger in Untersuchung und Strafe bringen und damit an der Ehre schädigen könnte, bezeichnet; denn dies ist nach dem ganzen Zusammenhang der vorderrichtlichen Ausführung nicht so zu verstehen, daß die Befriedigung der Gefühle des Hasses und der Schadenfreude der von den Angeklagten verfolgte Zweck ihres Handelns gewesen, daß hierin die Interessen gelegen sein können, deren Wahrnehmung ihre Mitteilungen haben dienen sollen, sondern es ist dies so aufzufassen, daß der Haß der Angeklagten für sie der Beweggrund gewesen sein könne, sich zu einer Handlung zu entschließen, die neben dem

Zwecke der Wahrung des öffentlichen Interesses jenen persönlichen Gefühlen Befriedigung zu gewähren geeignet sei, und es ist von dieser Auffassung des Sachverhalts aus, trotz des sittlich Tadelnswerten einer solchen Gefühlsbefriedigung, der Schutz des § 193 des St.G.B. mit Recht nicht versagt worden [1]). Daß aber endlich der Vorderrichter zu den seiner Beurteilung von ihm zu Grund gelegten thatsächlichen Feststellungen nach der vorliegenden Beweislage gelangt ist, ist der Nachprüfung des Revisionsrichters entzogen und wird daher von der Revision vergeblich bemängelt.

28.

Konkubinat.

Sind landesrechtliche, den Konkubinat mit Strafe bedrohende Bestimmungen mit dem geltenden Reichsrecht in Widerspruch? Dauer des Zusammenlebens. — Begriff der Erregung öffentlichen Aergernisses.

Art. 14 d. Württemb. Polizeistrafgesetzes v. 27. Dezember 1871. Urteile des Straffen. vom 12. Jan. 1887 gegen Mich. W. und B. R. von T. (U. 340) und vom 5. Juni 1889 gegen P. U. und M. M. von L. (Num. 152) [2]).

In der durch das Urteil des Oberlandesgerichts vom 12. Januar 1887 entschiedenen Straffache hatte die Revision gerügt: Die Strafvorschrift des Art. 14 des Württemb. Polizei-

---

1) Zu vergl. u. A. R.G. II. Straff. 16. 1. 1880; 22. 1. 1884 und 6. 7. 1886. (Entsch. I, 80; Rsp. VI, 41; Rsp. VIII, 524.) A. d. E.

2) Das frühere, mit dem 1. Januar 1872 außer Wirkung getretene W. Polizeistrafges. vom 2. Okt. 1839 hat unter dem Titel „VII. Handlungen gegen die Sittlichkeit" in Art. 46 den Konkubinat mit Strafe bedroht. Art. 14 des nunmehr geltenden Polizeistrafges. vom 27. Dezember 1871 („Personen, welche in fortgesetzter außerehelicher „Geschlechtsgemeinschaft zusammenleben, werden im Falle der Erregung „öffentlichen Aergernisses mit Haft bedroht und sind zu trennen") ist völlig gleichlautend mit Art. 12 des Entwurfs dieses Gesetzes. Die Motive zu letzterem weisen darauf hin, daß aus der Klasse der in dem W. Pol.-St.-G. von 1839 unter Titel VII bedrohten Handlungen das Reichs-

strafgesetzes vom 27. Dezember 1871 stehe mit dem Reichsstrafgesetzbuch in Widerspruch; denn durch das Einführungsgesetz zum R.St.G.B. sei das bis zum 1. Januar 1872 in

strafgesetzbuch in §§ 183. 184. 361. Ziff. 6 mehrere aufgenommen habe, und daß andere Bestimmungen jenes Abschnitts mit dem Reichsstrafgesetzbuch nicht vereinbar seien, und sagen: „Als einzige Bestimmung aus dieser „Kategorie von Uebertretungen wurde daher in dem Entwurf (Art. 12) „die Strafbestimmung wegen Konkubinats aufrecht erhalten, übrigens mit „Beschränkung auf den Fall eines dadurch erregten Aergernisses, da es „in solchem das öffentliche Sittlichkeitsgefühl verletzenden Fall unter Um„ständen mißlich wäre, wenn der Polizei die Befugnis entzogen würde, „gegen ein solches Verhältnis einzuschreiten." (Verh. d. Kamm. d. Abg. von 1870/72 I. Beilagenband S. 323. 333. 334.) Der Bericht der Justizgesetzgebungskommission der Kamm. d. Abg. hebt zunächst hervor, daß „eine neue Strafsanktion auch bezüglich dieser Ver„fehlung gegen die Sittlichkeit" (eine Bestrafung dieser Handlung unter dem Gesichtspunkt einer Verfehlung gegen die Sittlichkeit) „aus den bis„her erörternden Gründen", nämlich gemäß § 2 (Abs. 1) des Einführungsgesetzes zum R.St.G.B., sich als untunlich darstelle, und fährt fort: „Dagegen schlägt die Regierung in Art. 12 des Entwurfs vor, das Kon„kubinat für den Fall der Erregung öffentlichen Aergernisses „durch dasselbe mit Strafe zu bedrohen. — Unleugbar wäre es, wie die „Motive hervorheben, sehr mißlich, wenn die Polizeibehörden in Ermang„lung einer derartigen Strafbestimmung an jedem Einschreiten gehindert „wären, ja es darf die Möglichkeit eines solchen als eine berechtigte „Forderung des sittlichen Gefühls weiterer Kreise von Gemeindeange„hörigen bezeichnet werden. Die Frage ist daher nur, ob der Landes„gesetzgebung die Befugnis, eine solche Strafbestimmung zu treffen, zustehe. „Dieselbe ist nach Ansicht der Kommission zu bejahen. Indem nämlich „das Konkubinat im Falle des öffentlichen Aergernisses mit Strafe bedroht „wird, ist hiefür nicht der Gesichtspunkt der Verletzung der „Sittlichkeit mit fortgesetzter außerehelicher Geschlechts„gemeinschaft maßgebend, in welcher Beziehung eine Strafsanktion „durch die Behandlung der betr. Materie im St.G.B. ausgeschlossen wäre, „vielmehr will das Konkubinat lediglich aus dem Gesichtspunkt „einer Uebertretung in Beziehung auf die öffentliche Ord„nung, somit nur, wenn und insofern der Thatbestand einer Verletzung „dieser letzteren vorliegt, mit Strafe bedroht werden." Dies zu thun, sei die Landesgesetzgebung nicht gehindert, da das Reichsstrafgesetzbuch im 29. Abschnitt (Uebertretungen) und somit auch in den von den Uebertretungen wider den Staat und die öffentliche Ordnung handelnden

Geltung gewesene Landesstrafrecht außer Kraft getreten, und es habe weder die in dem früheren württ. Pol.-Stf.-Ges. vom 2. Oktober 1839 den Konkubinat betreffende Strafbestimmung

---

§§ 360 – 365 nicht eine erschöpfende Behandlung beabsichtigt habe. Weiterhin sagt der Kommissionsbericht: „Das Vorhandensein eines öffentlichen „Aergernisses im Falle eines Konkubinats ist eine lediglich nach den Umständen des einzelnen Falls zu beurteilende Thatsache." (l. cit. S. 504. 505.)

In der Sitzung der II. Kammer vom 18. Dezemb. 1871 (II. Protokollband S. 714 ff.), in welcher der Art. 12 des Entwurfs zur Beratung und Annahme gelangte, sprach sich nur ein Redner gegen den Art. aus, da schon der § 183 des R.St.G.B. das „Wesentliche", was in dem fraglichen Art. gesagt sei, gebe und der Gesichtspunkt der Verletzung der Sittlichkeit es sei, welcher hauptsächlich in Betracht komme, wobei er gegenüber der Bemerkung des Kommissionsberichts: daß es sich um eine Uebertretung in Beziehung auf die öffentliche Ordnung handle, betonte, daß jeder Konkubinat, welcher öffentlich bekannt sei, als Gegenstand des öffentlichen Aergernisses aufgefaßt werden könnte und nach diesem Artikel zu bestrafen sein würde. Der Mitberichterstatter der Justiz-Gesetzg.-Kommission hob unter Bezugnahme auf den Kommissionsbericht hervor: es sei Thatfrage des konkreten Falls, was ein Konkubinat mit öffentlichem Aergernis sei, „ein „solches Konkubinat ist gewiß nicht jedes Konkubinat 2c., denn das Konkubinat als solches, ohne daß dasselbe in die Oeffentlichkeit bringt, muß infolge der Bestimmungen des „Reichsstrafgesetzbuches straflos bleiben; dagegen „sind es Konkubinate, welche in ihrem Bestand einen „solchen Charakter annehmen, daß durch die Art und „Weise der Ausübung, des Vollzugs und durch die „Folgen, welche sich daran knüpfen, ein öffentliches „Aergernis, ein Skandal in einem größerem Kreise „von Gemeindeangehörigen, unter einer Mehrzahl „von Personen bewirkt wird. Die Beibehaltung einer Straf„bestimmung für solche Fälle dürfte aber doch gewiß sehr wünschenswert „sein, und sie wird sich zugleich bezeichnen lassen als eine Forderung sitt„lichen Gefühls gewisser Kreise von Gemeindegenossen"; im Gegensatz zu § 183 des St.G.B., welcher eine einzelne, ganz bestimmte unzüchtige Handlung voraussetze, solle nach Auffassung der Motive und der Kommission der Konkubinat schon dann bestraft werden können, wenn er überhaupt den (von dem Redner) bezeichneten Charakter des Aergernisses annehme. — Der Vertreter der Staatsregierung, Minister des Innern v. Scheurlen, schloß sich „dem an, was

aufrecht erhalten, noch ein neues Partikulargesetz für dieses Delikt geschaffen werden können, zumal die Materie der strafbaren Handlungen wider die Sittlichkeit im 13. Abschnitt des 2. Teils des R.St.G.B. in erschöpfender und ausschließender Weise geregelt worden sei und daher partikularrechtliche Bestimmungen über Nebenformen der hier behandelnden Delikte, wie eine solche der Konkubinat sei, nicht zur Anwendung gelangen können; es ergebe sich aber die Straflosigkeit des Konkubinats auch dann, wenn derselbe lediglich als Uebertretung in Beziehung auf die öffentliche Ordnung aufgefaßt werde, da die Materie der auf die Verletzung der öffentlichen Ordnung

---

„der Berichterstatter bereits gesagt" habe, und wies darauf hin, daß der im Reichsstrafgesetzbuch (§ 183) bedrohte Reat auch schon im bisherigen Württemberg. Polizeistrafges. Art. 53 („Oeffentliches Aergernis durch unzüchtige Handlungen oder Reden") besonders behandelt gewesen sei, und daß daneben eine Bestimmung über Konkubinat (Art. 46) bestanden habe, was beweise, daß jener Reat den des Konkubinats nicht in sich schließe. — Von anderer Seite wurden Beispiele des Vorliegens oder Mangels des wesentlichen Thatbestandmerkmals der Erregung öffentlichen Aergernisses gegeben. Es wurde sodann der auf Annahme des Entwurfs lautende Kommissionsantrag angenommen. — Der unter Bezug auf die Beschlüsse der II. Kammer erstattete, die Annahme des Art. 12 des Entwurfs empfehlende Kommissionsbericht der Kammer der Standesherrn gibt zu diesem Artikel keine Bemerkung (Vh der I. Kamm. von 1870/72, I Beil. Bd. S. 157 § 4.) In der Sitzung der I. Kammer v. 23. Dez. 1871 wurde der fragliche Artikel ohne Debatte angenommen. (I. Protokollband S. 204.)

Ueber die Frage, ob die Bestrafung des Konkubinats nach Reichsrecht zu läßig erscheine, vergl. noch: v. Wächter, D. Strafr., S. 507. Meyer, H. Lehrb. d. D. Strafr., 4. Aufl, S. 989; v. Liszt, Lehrb. d. D. Strfr., 3. Aufl., S. 393; Olshausen, Komm. z. St.G.B., 3. Aufl., Seite 693, Note 2 (zum XIII. Abschn.); Harburger, die Bestrafung des Konkubinats in Deutschland (in v. Liszt, Zeitsch. Bd. IV. S. 499 ff.), welch letzterer Schriftsteller den für den Gesetzgeber in Betracht kommenden Gesichtspunkt hervorhebt, daß der Konkubinat die Sittenlosigkeit befördern und insbesondere die Achtung vor dem Institut der Ehe abschwächen könne, daß er also die Sittlichkeit gefährde, und daß demnach die Reichsgesetzgebung einer partikularen Strafdrohung auf den Konkubinat nicht präjudiziere. A. d. E.

sich beziehenden strafbaren Handlungen in dem 7. Abschn., beziehungsweise in dem von den Uebertretungen handelnden 29. Abschnitt des 2. Teils des R.St.G.B. erschöpfend geregelt sei und, wenn es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen gewesen wäre, den Konkubinat unter dem kaum gedachten Gesichtspunkte zu bestrafen, derselbe in dem einen oder andern Abschnitt seine Stellung gefunden hätte.

Das die Revision verwerfende oberlandesgerichtliche Urteil schloß sich den Ausführungen des angegriffenen Berufungsurteils der Strafkammer des Landgerichts H. an, indem in den Gründen gesagt wurde:

Der Vorrichter hat unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 14 die Anwendbarkeit des Artikels im wesentlichen dahin begründet: es habe zwar das Strafgesetzbuch im 13. Abschnitt des 2. Teils die Materie der strafbaren Handlungen wider die Sittlichkeit erschöpfend und ausschließlich geregelt, und es sei, weil es bezüglich des in dieses Rechtsgebiet gehörigen Delikts des Konkubinates schweige, anzunehmen, daß dasselbe nach der Absicht des Gesetzgebers straflos sein solle, wonach gemäß § 2 des Einführungsgesetzes zum R.St.G.B. nicht nur die früheren diesfälligen Strafbestimmungen als beseitigt anzusehen seien, sondern auch für die Zukunft der Landesgesetzgebung die Befugnis zu Erlassung strafgesetzlicher Vorschriften für das Delikt des Konkubinats entzogen sei; es bestrafe aber der Art. 14 den Konkubinat im Gegensatz zu dem denselben unter den polizeilich strafbaren Handlungen wider die Sittlichkeit aufführenden W. Polizeistrafgesetz vom 2. Oktober 1839 nur dann, wenn dadurch ein öffentliches Aergernis erregt werde, so daß nach Art. 14, wie dies auch durch die gesetzgebenden Faktoren zum Ausdruck gebracht worden sei, nicht mehr der Gesichtspunkt der Verletzung der Sittlichkeit maßgebend sein solle, vielmehr der Konkubinat lediglich aus dem Gesichtspunkte einer Uebertretung in Beziehung auf die öffentliche Ordnung mit Strafe bedroht werde; da sodann durch den von den Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung handelnden 7. Abschn. des 2. Teils

des St.G.B., welcher eine Reihe der verschiedenartigsten strafbaren Handlungen in einem gemeinsamen Rahmen zusammenfasse, eine Materie im Sinn des § 2 des Einführungsgesetzes nicht geregelt werde und auch in dem von den Uebertretungen handelnden 29. Abschnitt des 2. Teils des St.G.B., dessen Vorschriften nur im einzelnen als Materien anzusehen seien, keine entgegenstehende Vorschrift enthalten sei, so habe die Landesgesetzgebung durch den § 2 des Einführungsgesetzes nicht gehindert sein können, den Konkubinat unter den im Art. 14 aufgestellten Voraussetzungen als eine strafbare Handlung wider die öffentliche Ordnung mit Strafe zu belegen. — Vorstehende Begründung läßt nach keiner Seite hin einen Rechtsirrtum ersehen, und wenn gegen die hieraus sich ergebende Annahme, daß der Art. 14 mit Recht angewendet worden sei, von Seiten der Beschwerdeführer noch eingewendet wird, daß selbst unter den gedachten Voraussetzungen kein Raum für die Erlassung jener Strafvorschrift neben dem Strafgesetzbuch gegeben gewesen sei, weil letzteres im § 183 eine ausreichende Bestimmung in der fraglichen Richtung getroffen habe, so erweist sich auch dieser Einwand als hinfällig, da in § 183 des St.G.B. die öffentlich zur Schau getragene Unsittlichkeit, an welcher infolge der öffentlichen Verübung der betreffenden unzüchtigen Handlung Aergernis genommen wird, bestraft werden soll, während durch die Strafdrohung des Art. 14 ein unzüchtiges Verhältnis, welches erst durch sein Bekanntwerden, durch seine Folgen, öffentliches Aergernis erregt, getroffen werden soll, und daher die Verschiedenartigkeit des Inhalts der beiden Strafbestimmungen zu dem Schluß berechtigt, daß die Verletzung der öffentlichen Ordnung durch fortgesetzte außereheliche Geschlechtsgemeinschaft von der im 13. Abschn. des 2. Teils des St.G.B. geregelten Materie ausgeschlossen sei.

In dem die Revision der Angeklagten verwerfenden oberlandesgerichtlichen Urteil vom 5. Juni 1889 sagte das Oberlandesgericht bezüglich der in dem Urteil vom 12. Januar 1887 entschiedenen Frage, daß es keinen Grund gefunden

habe, von seiner, in jenem Urteil ausgesprochenen Ansicht abzugehen. — Nach den Feststellungen des in dieser zweiten Strafsache angefochtenen Urteils sind die beiden Angeklagten am 3. Febr. 1889 zusammengezogen und haben von da an bis zum 15. desselben Monats (den Tag, an welchem in dieser Sache nach vorherigem Einschreiten gegen die beiden Angeklagten eine polizeiliche Strafverfügung ergangen war) zusammengewohnt. Die Revision rügte, daß das Gesetz für das Zusammenleben in fortgesetzter außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft ein Zusammenleben von längerer Dauer voraussetze, und machte außerdem geltend, daß weder der Begriff der Oeffentlichkeit noch der des Aergernisses thatsächlich festgestellt sei. In dieser Hinsicht sprach sich das oberlandesgerichtliche Urteil folgendermaßen aus: Die Revision übersieht die Bedeutung des festgestellten Umstands des Zusammenziehens der Angeklagten, des Vereinigens zum gemeinschaftlichen Wohnen und — ganz abgesehen von den Umständen, mit welchen die Trennung der Angeklagten zusammenfällt — gibt das Gesetz keinen Anhalt für die Annahme, daß die von dem vorigen Richter festgestellte Dauer des Zusammenseins der Angeklagten den Begriff des Zusammenlebens und den der Fortsetzung, wie sie in dem mehrerwähnten Art. 14 vorausgesetzt sind, ausschließe. — —

Der Berufungsrichter hat aber endlich mit dem Richter erster Instanz als, und zwar „nach dem Ergebnis der Zeugenaussagen", feststehend angenommen, daß die Angeklagten durch dieses Zusammenleben „öffentliches Aergernis gegeben haben", und auch diese Folgerung, die für sich betrachtet allerdings der Substanzierung entbehren würde, läßt sich im Zusammenhalt mit dem, was die in Bezug genommenen Gründe des erstrichterlichen Urteils sagen, auf eine zureichende thatsächliche Unterlage zurückführen. Denn in den Gründen des Urteils erster Instanz ist die Feststellung zu finden, daß die als Zeugen vernommenen Eheleute H. Beobachtungen bezüglich des Verhältnisses der beiden Angeklagten gemacht, und daß dritte Personen der Anknüpfung des Verhältnisses der beiden Angeklagten vorausgegangene Aeußer-

ungen der Angeklagten M. über ihr Wohlgefallen an dem Angeklagten N. und weiter Aeußerungen der N.'schen Kinder über Zusammenschlafen beider Angeklagten in *einem* Bette gehört haben. Damit ist aber gegeben, daß Umstände, welche teils mit der Pflege des gedachten Verhältnisses zusammenfallen, teils, wenn auch vorausgegangen, zu seiner Aufklärung dienen, *in die Oeffentlichkeit gedrungen* und *bekannt geworden* sind, und wenn ferner der vorige Richter sich so ausdrückt, daß „nach *dem Ergebnis der Zeugenaussagen*" *Aergernis* gegeben (erregt) worden sei, so muß in diesem (allerdings unbestimmt lautenden) Ausdruck mindestens das gefunden werden, daß *diese Zeugen*, deren es, abgesehen von der Ehefrau des Angeklagten N., drei (fremde Personen) waren, *Aergernis genommen haben*, was nichts anderes bedeuten kann, als daß ihnen das Verhältnis der beiden Angeklagten zu einander, als ein der öffentlichen Sittenordnung zuwider laufendes, zum Anstoß gereichte. — Damit ist das Merkmal der Erregung öffentlichen Aergernisses ohne ersichtlichen Rechtsirrtum festgestellt, und die Revision irrt, wenn sie, wie aus ihren mündlichen Ausführungen zu entnehmen ist, meint, daß auch das thatsächliche Verhalten der Zusammenlebenden öffentlich zur Schau getragen sein müsse und daß der Art. 14 des P.St.G. vom 27. Dez. 1871 voraussetze, es sei bei einer *unbestimmten* Anzahl von Personen Aergernis erregt worden.

XVI.

1. **Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zu Gunsten der Frau und der Kinder des Versicherten.**
2. **Zahlung der Prämien aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, Folgen hievon.**
3. **Recht der Ehefrau an den Anteilen der Kinder (K.O. § 54 Z. 5.)**
4. **Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft. Einfluß auf das nicht in der Gemeinschaft begriffene Vermögen der Kinder.**

A. Ein Rechtsfall.

Mitgeteilt und erörtert von
Rechtsanwalt Heß in Ulm.

I. Am 12. Mai 1863 verehelichte sich der Bierbrauer Bernhard Berger von Bottenweiler mit der Wilhelmine App von Blaubeuren; als eheliches Güterverhältnis hatten sie die landrechtliche Errungenschaftsgesellschaft eingegangen. Später erwarben dieselben das Brauerei- und Wirtschaftsanwesen zum Engel in Suppingen, OA. Blaubeuren. Am 30. Oktober 1873 versicherte Bernhard Berger bei der Magdeburger Lebensversicherungsgesellschaft sein Leben zu der Summe von 5000 fl., zahlbar nach dem Tode des Versicherten an seine Frau und Kinder, gegen eine vierteljährliche Prämie von 36 fl. 58 kr., welche je am 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober zu entrichten war.

Am 6. Dezember 1881 errichtete Bernhard Berger, damals schwer krank und im Bette liegend, ein Testament, in welchem seine Ehefrau und Kinder als Erben eingesetzt, und unter anderm verfügt war, auf sein Ableben „dürfe weder eine Siegelung noch Inventarisation und Eventualteilung vorgenommen werden, vielmehr sei solche zu unterlassen, bis entweder seine überlebende Ehefrau wieder heiraten sollte, oder nachdem das jüngste seiner Kinder die Volljährigkeit erreicht

haben und sodann von irgend einer Seite die Vornahme beantragt werde. Möge die Teilung in einem oder andern Falle stattzufinden haben, so sei ihr derjenige Vermögensstand zu Grunde zu legen, welcher sich zur Zeit der Vornahme des Geschäfts ergeben werde." Ferner war in dem Testament bestimmt, daß die überlebende Ehefrau das Nutznießungs- und das Verfügungs-Recht über das vorhandene gemeinschaftliche Vermögen haben soll, mit der Einschränkung, daß bei etwaigen Veräußerungen oder Belastungen der Liegenschaften die Zustimmung der Kinder, resp. des Pflegers derselben, nötig sein solle. Die Lebensversicherung war im Testament nirgends erwähnt.

Am 25. Dezember 1881 starb Bernhard Berger und hinterließ als gesetzliche Erben seine Wittwe Wilhelmine, geb. App, und fünf Kinder, nämlich:

Bernhard,	geboren am	29. Februar	1864,
Karl	" "	30. Januar	1865,
Marie	" "	28. Januar	1866,
Wilhelmine	" "	5. Januar	1869,
Friederike	" "	17. Mai	1877.

Am 29. Dezember 1881 fand die Verlassenschaftsverhandlung vor dem Gerichts-Notar und Waisengericht zu Suppingen statt, bei welcher die Wittwe und die Kinder des † Berger, resp. deren Vormund, das vorhandene Testament anerkannten, die Erbschaft unbedingt antraten und um Unterlassung der Inventur und Teilung baten, und das Waisengericht beschloß, diesem Antrage stattzugeben und wegen der Ansprüche der Kinder Vormerkung in der besonderen Pflegschaftstabelle zu machen. Der Lebensversicherung und des aus derselben angefallenen Betrags geschah auch bei dieser Verhandlung keine Erwähnung. Aber am gleichen Tage, am 29. Dezember 1881, stellte das Gerichtsnotariat in Blaubeuren Namens der Teilungsbehörde in Suppingen Urkunde aus, „daß Bernhard Berger am 25. Dezember 1881 gestorben ist und daß der Wittwe desselben, geb. App, ohne Anstand die Versicherungssumme ausbezahlt werden kann;"

am 10. Januar 1882 erhielt hierauf gegen diese Urkunde die genannte Wittwe den Betrag der Lebensversicherungssumme mit 8418 Mk. 53 Pfg. ausbezahlt und stellte hierüber Quittung aus. Alsbald hierauf wurde in die besondere Pflegschaftstabelle dahin Vormerkung gemacht, daß Aufschub der Eventualteilung stattgefunden habe und der Betrag des unversicherten Vermögens der Kinder unausgeschieden geblieben sei; ein Eintrag in die allgemeine Pflegschaftstabelle erfolgte nicht.

Auf den Grund alles dessen blieb das gesamte von Bernhard Berger hinterlassene Vermögen und der Betrag der Lebensversicherungssumme im Besitze, Verwaltung und Nutznießung der Wittwe Wilhelmine Berger, bis gegen diese am 15. Mai 1888 das Konkursverfahren eingeleitet wurde, und nunmehr auf Antrag des Konkursverwalters gemäß § 14 der Konkursordnung am 12. Juni 1888 vor dem Gerichtsnotariat und Waisengericht zu Suppingen die nachträgliche Auseinandersetzung der ehelichen Errungenschaftsgesellschaft erfolgte, wobei der Vermögensstand zu Grund gelegt wurde, welchen das vom Konkursverwalter errichtete Inventar auswies.

Die Vermögensauseinandersetzung ergab:

a., daß die Sozialschulden . . . . Mk. 61 040. 56 Pfg., dagegen das rohe Errungenschaftsvermögen nur . . . . „ 42 762. 56 „ betrage, und somit eine Einbuße von . Mk. 18 278. — Pfg. vorhanden sei, und

b., daß, indem die eine Hälfte dieser Einbuße dem † Ehemann, resp. nun seinen Erben, und die andere Hälfte der Wittwe desselben zur Last geschrieben und dann je mit den Sondergutsansprüchen der beiden Ehegatten an das vorhandene Gesamtvermögen verglichen wurde, bei dem verstorbenen Ehegatten, resp. seinen Erben nun eine Vermögensunzulänglichkeit von Mk. 4953. 89 Pfg. und bei der Wittwe, resp. nun deren Konkursmasse eine solche von Mk. 4700. 39 Pfg. vorliege. Bei den Beiden wird aber schließlich die Vermögensunzulänglichkeit sich noch viel größer erweisen, weil voraussichtlich die im Inventar des Konkursverwalters angenommene Wertsan-

schläge der Errungenschaftsfahrnis und Liegenschaften nicht erlöst werden werden.

II. Die fünf Kinder des † Bernhard Berger machen nun geltend, daß die auf Ableben des Berger zur Ausbezahlung gekommene Lebensversicherungssumme seinerzeit nicht Bestandteil des Nachlasses des † Berger, sondern sofort eigenes Vermögen der versicherten Personen, und daß, indem die Wittwe die Summe allein in Empfang genommen und behalten habe, also auch den weitaus größeren Teil, welcher den Kindern zufiel, die Wittwe Schuldnerin derselben geworden sei. Auf Grund dessen fordern jetzt die Kinder durch ihren Vertreter als Konkursgläubiger im Konkurse der Mutter Ersatz der auf sie gefallenen fünf Sechsteile der Versicherungssumme, also des Betrags von Mk. 7051. 45 Pfg. und sie beanspruchen für diese ihre Forderung ein Vorrecht gemäß § 54 Ziff. 5 der Konkursordnung. Ob eine solche Forderung nach Grund, Betrag und Vorrecht den Kindern zustehe, und eventuell ob und welche Gegenforderung etwa den Konkursgläubigern gegen die Kinder zusteht, dies ist die sich ergebende Streit- und Rechts-Frage.

III. Zur Beantwortung derselben sollen die nachstehenden Erörterungen dienen:

1. Die Rechtslehrer und die Rechtsprechung unseres Oberlandesgerichts stimmen schon seit Langem darin überein, daß, wenn ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen und von dem Versicherungsnehmer hiebei bedungen wird, es solle bei seinem Ableben die Versicherungssumme an eine oder mehrere von ihm bezeichnete bestimmte Personen ausbezahlt werden, und wenn derselbe diese Verfügung vor seinem Ableben nicht geändert hat, ein Vertrag zu Gunsten jener dritten Personen vorliegt, aus welchem den Letzteren zunächst zwar nur ein sachlich und zeitlich bedingtes, bei Ableben des Versicherungsnehmers aber sofort vollwirksames selbstständiges Recht auf die Lebensversicherungssumme erwächst, und daß daher in einem solchen Falle sie, nicht aber etwa die Nachlaßmasse des Versicherungsnehmers, oder im Falle der Konkurseröffnung gegen

den Nachlaß die Nachlaßgläubiger desselben, den Klageanspruch auf die Ausbezahlung der Versicherungssumme haben [1]).

Das Urteil des Reichsgerichts vom 25. Februar 1880 [2]) ist in einem Fall ergangen, wo gerade auch die Lebensversicherung von einem Ehemann zu Gunsten seiner Frau und Kinder abgeschlossen worden war, und in demselben erkannt, daß mit Ableben des Versicherungsnehmers das Forderungsrecht auf die Versicherungssumme für die Frau und Kinder erwachsen war, nicht aber für dessen Erben, und daß daher die Versicherungssumme nicht zum Nachlaß des Ehemanns gehöre und von den Nachlaßgläubigern in Angriff genommen werden könne. Demgemäß muß denn auch in dem vorliegendem Falle meines Erachtens angenommen und dem Vertreter der Kinder zugestanden werden, daß auf Ableben des Berger die Wittwe und Kinder desselben einen unmittelbaren selbstständigen Anspruch auf Ausbezahlung der Versicherungssumme hatten, und diese daher nicht zum Nachlasse des † Berger gehörte, sondern den Gegenstand eines Sonder-, resp. Eigenvermögens bildete, welches der Wittwe und den Kindern neben und ohne Zusammenhang mit ihren Eigentums-, resp. Erbanteilen an dem bei Ableben des Berger schon vorhanden gewesen beiderseitigen Vermögen der Eheleute erwachsen war.

2. Rechtslehrer und die Rechtssprechung sind auch darin einig: wenn Eheleute in der Errungenschaftsgemeinschaft gelebt haben und bei Ableben des einen Ehegatten Kinder aus der Ehe vorhanden sind, eine Eventualteilung aber nun nicht vorgenommen wird, sondern bis auf Weiteres das Gesamtvermögen im Besitze und Verwaltung des überlebenden Ehegatten bleibt, unter der Vereinbarung, daß derjenige Vermögensstand, welcher sich zur Zeit der einstigen Teilung darlegen würde,

1) Windscheid, Lehrb. d. Pand. R Bd. II § 316 Note 15, Württ. Archiv Bd. XIII S. 433 u. ff. Jahrb. d württ. Rechtspflege Bd. 1, S. 32, Entsch. d. Reichsger. Bd. I, S 188 u. ff. und 379 u. ff., Bd. XI, S. 174, und Bd. XVI. S. 126 u. ff.

2) Entsch. desselben Bd. I, S. 188.

die Grundlage derselben bilden solle, so entsteht hiedurch eine Vermögensgemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern. Diese Gemeinschaft erstreckt sich jedoch nur auf dasjenige Vermögen, welches die Eheleute in die Ehe gebracht oder während der Ehe errungen hatten, und das nun infolge des Ablebens des einen Ehegatten und des hiedurch eröffneten Erbganges teilweise in das Miteigentum der Kinder übergegangen war. Vermögen dagegen, welches die Kinder ohne Zusammenhang hiemit aus irgend welchem Rechtstitel bei Ableben des verstorbenen Elternteils schon eigen besaßen oder nachher erwerben, fällt nicht in die durch den Aufschub der Eventualteilung und die erwähnte Vereinbarung geschaffene Gemeinschaft [1]).

Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgt jedoch, daß ausnahmsweise auch solches Vermögen, welches die Kinder schon vor Ableben ihres verstorbenen Elternteils eigen besaßen oder nachher unabhängig von der durch den Aufschub der Eventualteilung entstandenen Gemeinschaftsmasse erwerben, in diese mit hinein bezogen werden kann, wenn dies entweder der verstorbene Elternteil mit rechtlicher Wirksamkeit letztwillig verfügen konnte und verfügt hat, oder der überlebende Elternteil und die Kinder, resp. deren Vertreter in gesetzlich statthafter Weise vereinbaren. Hienach und nach dem vorstehend unter Ziff. 1 Ausgeführten ist in dem vorliegenden Falle dem Vertreter der Kinder auch das zuzugeben, daß der denselben bei Ableben ihres Vaters an die Lebensversicherungssumme zugefallene Betrag nicht zu dem durch den Aufschub der Eventualteilung gebildeten Gemeinschaftsvermögen gehörte und zu demselben von der Mutter erhoben werden durfte, es wäre denn, daß dies von dem verstorbenen Vater letztwillig verfügt werden konnte und wurde, oder die Mutter und die Kinder dieserhalb in gesetzlicher Weise übereingekommen wären.

1) Gerber, deutsch. Privatrecht § 236, Note 3. Stein-Hohl, Württ. Erbr. § 242, Zusätze Seite 278 u. ff. Boscher, Zeitschr. IV Seite 165, VII S. 35 u. ff. und 289 u. ff. und XXVI S. 4 u. ff. Württ. Archiv Bd. 12, S. 259 und 359

3. Nun hat allerdings der † Berger in seinem Testament angeordnet, es solle bei einer künftigen Teilung derjenige Vermögensstand zu grunde gelegt werden, welcher sich zur Zeit der Vornahme des Geschäfts ergeben werde. Es liegt zwar, zumal da Berger bei Errichtung des Testaments schon krank war und bald darauf starb, nahe, zu vermuten, daß Berger damals auch an die seiner Wittwe und seinen Kindern anfallende Lebensversicherungssumme gedacht hat und vielleicht meinte, es werde die erwähnte von ihm letztwillig getroffene Verfügung sich auch auf die Lebensversicherungssumme erstrecken. Es ist auch unzweifelhaft, daß, wie der † Berger befugt war, unter Lebenden über das Recht auf die bei seinem Ableben auszubezahlende Lebensversicherungssumme unbedingt zu verfügen, und sogar die Bestimmung, daß solche seiner Wittwe und seinen Kindern zufallen solle, beliebig zu ändern oder aufzuheben [1]), ebenso derselbe auch berechtigt war, wegen der nach seinem Ableben der Wittwe und den Kindern anfallenden Lebensversicherungssumme bezüglich deren dereinstiger Teilung und Verwaltung letztwillige Bestimmungen zu treffen, und es ist auch gesetzlich einem Testierer gestattet, seinen Erben derlei Auflagen zu machen [2]), selbstverständlich sofern sie nur nicht gegen Gesetz und Sitte verstoßen und hiedurch insbesondere nicht der Pflichtteilsanspruch verletzt wird.

Allein es liegen keinerlei bestimmte Anzeigen, welche über den Kreis menschlicher Vermutung hinausgehen, dafür vor, daß der † Berger bei Errichtung seines Testaments auch wirklich an die auf sein Ableben anfallende Lebensversicherungssumme nur gedacht habe. Es hat jedenfalls ein Wille des Berger, daß auch die Lebensversicherungssumme zu dem Nachlasse beigezogen und mit diesem, wie das übrige bei seinem Ableben vorhandene beiderseitige Vermögen der Ehegatten, erst eventuell später zur Teilung kommen soll, im Testament einen

1) Württ. Archiv a. a. O. u. Bd. XVI, S. 28. Bd. XX. S. 178. Entsch. des Reichsger. a. a. O.

2) l. 1. § 3. D. 27, 2, und l. 8. § 6. D. 28. 7.

bestimmten Ausdruck überall nicht gefunden. Im Testament selbst ist die Lebensversicherung überhaupt nicht erwähnt, und was die Verfügung in demselben anbelangt, daß bei einer künftigen Teilung derjenige Vermögensstand zu Grunde gelegt werden solle, welcher sich zur Zeit der Vornahme des Geschäfts ergeben werde, so kann hierunter nach dem ganzen Zusammenhange nur die nachträglich vorzunehmende „Eventualteilung“ verstanden werden, deren Aufschub unmittelbar in dem Satze vorher angeordnet ist, und welche gemeinhin nur die vorläufige Berechnung und ziffermäßige Feststellung der Anteile des überlebenden Ehegatten und der Kinder an dem Nachlaß des vorverstorbenen Ehegatten nach Ausscheidung alles dessen, was nicht zu diesem Nachlasse gehört, zum Gegenstand und Zweck hat [1]).

Ueberhaupt ist nach dem ganzen Wortlaut der fraglichen Verfügung im Testament anzunehmen, daß durch dieselbe ohne alle weiteren Nebenzwecke einfach der Aufschub der Eventualteilung in der Weise, wie sie in Art. 36 des Notariatsgesetzes vorgeschrieben, resp. zugelassen und allgemein üblich ist, angeordnet werden wollte; es ist diese Annahme um so begründeter, als unterstellt werden kann, daß zur Zeit der Testamentserrichtung der Testierer selbst so wenig als der Testamentsverfasser sich Gedanken über die Frage gemacht haben werden, ob die Lebensversicherungssumme zu dem Nachlasse des Ersteren gehören werde oder nicht, und daß sie deshalb hiewegen auch keine besondere Bestimmung im Testamente für notwendig erachtet haben werden.

4. Auch dafür fehlt es an jeder Anzeige, daß zwischen der Wittwe des † Berger und ihren Kindern, resp. deren Pfleger ausdrücklich oder stillschweigend ein Uebereinkommen zu Stande gekommen wäre, es solle die Lebensversicherungssumme in die Vermögensgemeinschaft einbezogen werden, welche zwischen ihnen durch den Aufschub der Eventualteilung geschaffen wurde. Die Verlassenschaftsverhandlung thut der Lebensversicherungssumme keine Erwähnung und auch sonstige

1) Stein-Hohl a. a. § 314 u. ff.



Akten ergeben über ein solches Uebereinkommen nichts. Der Wille, ein solches Uebereinkommen zu treffen, hätte zur Voraussetzung und Veranlassung gehabt haben müssen, daß die Wittwe und der Pfleger der Kinder, sowie auch die Teilungsbehörde sich überhaupt dessen bewußt gewesen wären, daß die Lebensversicherungssumme nicht zum erblichen Nachlasse des † Berger gehöre, welcher schon als solcher ohne besondere Vereinbarung in die durch Aufschub der Eventualteilung geschaffene Vermögensgemeinschaft zu fallen hatte, sondern ein Sondervermögen, resp. Eigenvermögen der Wittwe und Kinder bilde. Es waren aber offenbar so wenig die Wittwe und der Pfleger der Kinder, wie die Teilungsbehörde sich dessen irgendwie bewußt, vielmehr spricht die ganze Sachlage dafür, daß alle Teile davon ausgingen, die Lebensversicherungssumme gehöre als ein Zuwachs zu dem vorhandenen beiderseitigen ehelichen Vermögen, resp. dem Nachlasse des † Berger, bilde rechtlich einen Bestandteil desselben und sei daher in die durch den Aufschub der Eventualteilung geschaffene Vermögensgemeinschaft, in die sogenannte fortgesetzte Errungenschaftsgesellschaft, einzubeziehen. Andernfalls hätte die Teilungsbehörde und der Pfleger nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften zunächst den Anteil der Kinder an der Lebensversicherungssumme als ein besonderes Eigenvermögen derselben feststellen lassen und dann für die gesetzliche Sicherstellung desselben seitens der Mutter, in deren gesetzlich zeitlich beschränkte Nutznießung und Verwaltung es zu überweisen war [1]), sorgen müssen [2]); oder, wenn der Pfleger unter Verzicht auf Sicherstellung dieses besondern Eigenvermögens der Kinder dasselbe nicht in die gesetzliche Verwaltung der Mutter geben, sondern in die durch den Aufschub der Eventualteilung geschaffene Vermögensgemeinschaft mit einbeziehen lassen wollte, so hätte derselbe dies nur gegen Beschlußfassung und Genehmigung der Teilungs-, resp. Vormundschafts-Behörde thun dürfen,

1) Lang, Pers.-R. § 84.

2) Lang a. a. O. S. 618 u. ff. vergl. mit Seite 512 u. 534. Ders. Sachenr. Bd. II § 169 Note 26 b und 27 a.

wegen der hierin gelegenen Veräußerung, resp. wesentlichen Veränderung der Rechte der Kinder bezüglich ihres Eigenvermögens und der damit verbundenen Uebernahme der Gefahr, daß solches durch eine künftige Einbuße ganz oder teilweise verloren gehe [1]).

Es ist aber weder der Anteil der Kinder an der Lebensversicherungssumme ausgeschieden, noch derselbe als ein besonderes Eigenvermögen derselben sicher gestellt, noch seitens der Teilungs- und Vormundschaftsbehörde ein Beschluß darüber gefaßt worden, daß der Mutter der Kinder die Sicherheitsleistung für dasselbe erlassen und es, anstatt in deren gesetzliche Nutznießung und Verwaltung überwiesen zu werden, in die durch den Aufschub der Eventualteilung geschaffene Vermögensgemeinschaft einbezogen werden dürfe; und doch muß angenommen werden, daß alles dies von den Behörden und dem Pfleger pflichtgemäß geschehen wäre, wenn sie und die Mutter sich der rechtlichen Eigenschaft des Anteils der Kinder an der Lebensversicherungssumme als eines besonderen Eigenguts derselben bewußt gewesen wären, und nicht vielmehr in der Meinung gehandelt hätten, es bilde die Lebensversicherungssumme einen Bestandteil des vorhandenen gemeinschaftlichen Ehevermögens, resp. des Nachlasses des † Berger und gehöre deshalb zu dem infolge des Aufschubs der Eventualteilung im Besitze, Verwaltung und Nutznießung der Wittwe verbleibenden Gemeinschaftsvermögen. Daß dem so ist und daß auch thatsächlich die Lebensversicherungssumme in die sogenannte fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft einbezogen wurde, dies beweist auch der Umstand, daß in der außerordentlichen Pflegschaftstabelle nur der Aufschub der Eventualteilung mit dem Bemerken vorgemerkt wurde, der Betrag des unversicherten Vermögens der Kinder sei unausgemittelt geblieben, nicht aber auch, was andernfalls hätte geschehen müssen, der Anfall, Grund und Betrag eines den Kindern angefallenen und in

---

1) Lang, Sachenr. § 169, Note 26a. Ders. Pers.-Recht. § 101.

gesetzlicher Verwaltung und Nutznießung der Mutter gebliebenen Eigenvermögens [1]).

Ebenso steht hiemit in Uebereinstimmung und dient weiter zum Beweise obiger Thatsache der Umstand, daß, obwohl die Lebensversicherung auf den Namen der Frau und Kinder des † Berger lautete, und daher es zur Erhebung der Lebensversicherungssumme durch die Mutter gegenüber der Lebensversicherungsgesellschaft nur der Zustimmung des Pflegers der Kinder unter geeigneter Beurkundung seitens der Vormundschaftsbehörde bedurfte, dennoch in unmittelbarem Anschluße an die Verhandlung wegen Aufschubs der Eventualteilung vom 29. Dezember 1881 und am gleichen Tage der Gerichtsnotar Namens der Teilungsbehörde die Berechtigung der Wittwe Berger zur Empfangnahme der Lebensversicherungssumme beurkundete, die Teilungsbehörde aber mit dieser gar nichts zu thun hatte, außer eben wenn sie als ein Bestandteil des vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens, resp. des Nachlasses des † Berger zu betrachten war und angesehen wurde. Es muß demnach angenommen werden, daß der Gerichtsnotar, resp. die Teilungsbehörde die Berechtigung der Wittwe zur Empfangnahme nur deshalb beurkunden wollte und beurkundet hat, weil allerseits die Lebensversicherungssumme als ein Teil des vorhandenen Vermögens, resp. Nachlasses des † Berger und also auch der zwischen der Wittwe und den Kindern fortgesetzten Vermögensgemeinschaft angesehen wurde, und wegen des rücksichtlich dieser der Wittwe zustehenden Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes, und daß die Wittwe auch nur auf Grund solchen Rechtes und für die fortgesetzte Vermögensgemeinschaft das Geld erheben wollte und erhoben hat. Es kann also dem Vertreter der Kinder in der von ihm gemeinten Weise nicht zugegeben werden, daß die Wittwe Berger die Lebensversicherungssumme allein in Empfang genommen und behalten habe, es ist vielmehr mit allem Grunde zu

1) Notariatsgesetz Art. 43. Lang. Pers.-R. S. 628 u. 630.

unterstellen und muß behauptet werden, daß sie den Betrag derselben als Verwalterin der durch den Aufschub der Eventualteilung fortgesetzten, resp. geschaffenen Vermögensgemeinschaft für diese erhoben hat, zumal da auch überall keine Anzeige dafür vorliegt und der Vertreter der Kinder es auch selbst nicht behauptet, daß die Wittwe Berger den erhobenen Betrag der Lebensversicherungssumme ganz oder teilweise zu andern Zwecken, als denjenigen der Vermögensgemeinschaft mit ihren Kindern, verwendet habe.

5. Da nach den bisherigen Ausführungen der Anteil der Kinder des † Berger an der Lebensversicherungssumme ein Eigenvermögen derselben war, da solches aber nicht gegen Sicherheitsleistung in den Besitz und Verwaltung der Mutter gegeben, sondern ohne eine solche Sicherheitsleistung und ohne Rechtsgrund in die für sie mit ihrer Mutter rücksichtlich des Nachlasses ihres Vaters fortgesetzte Gemeinschaft überlassen und einbezogen wurde, und da dies nur infolge eines Uebersehens und Versäumnisses des Pflegers und der Teilungs-, resp. Vormundschafts-Behörde geschehen konnte und hiedurch jene Gemeinschaft unberechtigter Weise bereichert wurde, die Vindikation des erhobenen Geldbetrags selbst aber jetzt nicht mehr möglich ist, so haben die Kinder allerdings einen Rechtsanspruch auf Ersatz, welchen sie jetzt mittelst einer Kondiktion und eventuell auch mit der Klage auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geltend machen können [1]).

Daß die Kinder dadurch verletzt wurden, daß ihr Anteil an der Lebensversicherungssumme nicht als ihr Eigenvermögen in die zeitlich nur beschränkte Nutznießung der Mutter und bloß gegen Sicherheitsleistung seitens derselben in solche gegeben, sondern ohne Sicherheitsleistung in die die Kinder viel mehr gefährdende fortgesetzte Vermögensgemeinschaft einbezogen wurde, dies bedarf keiner weiteren Ausführung. Auch

1) Lang, Perf.-Recht § 101 Note 12 u. ff. vergl. mit § 6 Note 21 u. ff. Lang, Sachenr. § 59, Note 16, Windscheid's Pand.-Recht § 422 bis 424, u. 444.



sind die erwähnten Rechtsmittel noch nicht verjährt, da das erstgenannte für die Kinder erst durch fünfjähriges Schweigen derselben nach erlangter Volljährigkeit verloren ginge, und das andere erst nach vier Jahren von erlangter Volljährigkeit an von denselben nicht mehr gebraucht werden könnte [1]), das älteste der Kinder aber erst im Jahre 1864 geboren ist.

Der Ersatzanspruch der Kinder steht aber denselben zunächst, da nach dem schon Ausgeführten die Mutter den Anteil der Kinder an der Lebensversicherungssumme nicht für sich, sondern für die bezüglich des Nachlasses des † Berger fortgesetzte Vermögensgemeinschaft und auf Grund des ihr rücksichtlich dieser zustehenden Verwaltungsrechts erhoben und in dieselbe verwendet hat, nur gegen diese Gemeinschaft zu; es bildet die Ersatzforderung der Kinder eine Sozialschuld dieser Gemeinschaft. Ob und wie weit die Wittwe Berger für den vollen Betrag dieser Sozialschuld in Anspruch genommen werden kann, wird später erörtert werden.

6. Es ist vorher nun die Frage zu untersuchen, in welchem Betrage die Kinder für ihren Anteil an der Lebensversicherungssumme Ersatz beanspruchen können, resp. auf welchen Betrag sich dieser ihr Anteil beziffert?

In dieser Beziehung kommt zunächst in Betracht, daß es unzweifelhaft und jedenfalls in Ermangelung entgegenstehender Thatsachen zu vermuten ist [2]), daß der † Berger die Lebensversicherungsprämien seinerzeit aus den Mitteln der ehelichen Errungenschaftsgemeinschaft bezahlt und hiedurch seiner Frau und den Kindern die Lebensversicherungssumme beschafft hat. Es könnte sich fragen, ob nicht deshalb die Lebensversicherungssumme zwischen der Wittwe des † Berger und seinen Kindern in gleicher Weise zur Verteilung kommen mußte, wie die Errungenschaft, also die Wittwe im Voraus die eine Hälfte und an der anderen Hälfte sie und die Kinder jedes ein Sechsteil zu empfangen hatten; da jedoch der Wittwe und den Kindern

1) Lang, Perf.-R. a. a. O. Windsch. a. a. O. § 441, Note 24.
2) S. Lang, Perf.R. § 52, Note 12.

ein von der Errungenschaft unabhängiges selbstständiges Recht auf die Lebensversicherungssumme zustund und wegen der Verteilung derselben weder in der Lebensversicherungspolice, noch sonst wo eine Willenskundgebung des † Berger vorliegt, so hatte dieselbe den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechend zwischen der Wittwe und Kindern nach Köpfen zu erfolgen. Um so mehr entsteht aber dann die weitere Frage, ob nicht die Wittwe und Kinder des † Berger die für die Lebensversicherung entrichteten Prämienzahlungen wieder in die Errungenschaftsgemeinschaft zu ersetzen haben, und daher die Kinder für ihren Anteil sich solche an dem ihnen gebührenden Betrag der Lebensversicherungssumme in Abrechnung bringen lassen müssen? Diese Frage ist meines Erachtens entschieden zu bejahen. Daß die von dem † Berger abgeschlossene Lebensversicherung nach ihrem rechtlichen Erfolge nicht in unmittelbarem Interesse der Errungenschaftsgemeinschaft kontrahiert erscheint und eine Vermögensvermehrung dieser selbst bewirkte, ergibt sich aus dem Vorstehenden von selbst. Wenn man sodann erwägt, daß die Lebensversicherung von dem † Berger nicht kontrahiert worden ist, etwa um der Wittwe während der Dauer des Wittwenstandes zu ihrem und der Kinder Unterhalt und zur Erziehung der Letzteren einen jährlichen Beitrag zu verschaffen, sondern damit, unabhängig von dem Wittwenstande der Mutter und dessen Dauer und ihrem und der Kinder Unterstützungsbedürfnis, der Wittwe und den Kindern ein weiteres selbstständiges und beziehungsweise deren freier Verfügung anheimfallendes Kapital neben dem während der Ehe errungenen Vermögen und dem sonstigen Nachlaß des Vaters zufalle, daß aber zu einer solchen Verschaffung der † Berger weder als Ehegatte, noch als Vater eine rechtliche Verpflichtung hatte, so kann der Aufwand für die Lebensversicherung nicht als ein solcher angesehen werden, mittelst dessen eine der Errungenschaftsgemeinschaft obliegende Pflicht erfüllt und hiedurch mittelbar ein Zweck derselben verfolgt wurde, dessen Deckung deshalb aus den Mitteln derselben geschehen durfte. Daß der † Berger bei Abschluß des Lebensversicherungsvertrags seiner

dereinstigen Wittwe und den Kindern in freigebiger Weise eine Zuwendung machen wollte, eine Schenkung an dieselben beabsichtigt habe, darf in Ermangelung von thatsächlichen Anhaltspunkten hiefür gesetzlich nicht vermutet werden, und zwar im gegebenen Falle um so weniger, als nach der ganzen Sachlage es offenbar viel wahrscheinlicher ist, daß der † Berger bei Abschluß der Lebensversicherung in der irrigen Meinung handelte, die anfallende Lebensversicherungssumme werde als ein ehelicher Gewinn dereinst zu seinem Nachlaß gehören, und daß er deshalb die Prämienzahlungen aus dem gemeinschaftlichen ehelichen Vermögen leistete. Daß aber Berger wirklich in der erwähnten Meinung handelte, ist mit allem Grunde anzunehmen, da dies mit der gemeinen Anschauung, welche zur Zeit des Abschlusses des Lebensversicherungsvertrags herrschte, übereinstimmt, wie denn auch um jene Zeit die Doktrin und selbst Gerichte noch vielfach aus einem solchen Vertrag kein unmittelbares Recht für den in demselben begünstigten Dritten erwachsen, sondern bei Ueberschuldung des Nachlasses des Versicherungsnehmers die Lebensversicherungssumme als einen Bestandteil desselben in die Gantmasse einbeziehen und den Gläubigern zuweisen ließen [1]).

Andernfalls, wenn obige Annahme nicht zutreffend wäre, bliebe meines Erachtens nur übrig und müßte unterstellt werden, daß der † Berger im Interesse seiner Frau und Kinder für dieselben thun wollte, was sie ja auch selbst hätten thun dürfen und können, d. h. sein Leben versichern, damit sie bei seinem Ableben das Recht auf den Bezug der Versicherungssumme haben und hiedurch ein weiteres Vermögen erlangen, und daß er zu diesem Zwecke die Prämienzahlungen aus den Mitteln der ehelichen Gemeinschaft entrichten zu dürfen glaubte und entrichtete, obwohl eine rechtliche Verpflichtung dazu nicht bestund. Bei der einen, wie bei der andern Annahme ergibt sich aber nach den Grundsätzen der negotiorum gestio und des Kondiktionenrechts, daß die Wittwe und Kinder

1) Württ. Archiv Bd. XIII, S. 433 u. ff.

verpflichtet waren, zum mindesten den Betrag der von dem † Berger geleisteten Prämienzahlungen in die eheliche Errungenschaftsgemeinschaft wieder hinein zu ersetzen[1]), und daß sie sich solche jetzt, wo sie die in dieselbe, resp. in die fortgesetzte Vermögensgemeinschaft einbezogene Lebensversicherungssumme auf ihren Anteil wieder herausverlangen, auf den gleichen Anteil in Abzug bringen lassen müssen, weil, wie es in den Rechtsquellen heißt: dolo facit, qui petit, quod redditurus est[2]).

Zu dem gleichen rechtlichen Ergebnisse kommt man übrigens auch, wenn man unterstellen müßte, daß der † Berger bei Abschluß der Lebensversicherung oder wenigstens bei Leistung der Prämienzahlungen in der Absicht, zu schenken, gehandelt hätte; denn nach dem Ausgeführten könnte dies nur als eine einseitige Schenkung desselben aufgefaßt werden, welche er nur zu Lasten seines Sonderguts vornehmen durfte, so daß er verpflichtet wurde und blieb, von demselben den dem ehelichen Gemeinschaftsvermögen entnommenen Betrag der Prämienzahlungen an die Errungenschaftsgemeinschaft zu ersetzen. Diese Sonderschuld des † Berger ist durch den seitens der Wittwe und Kinder erfolgten unbedingten Erbschaftsantritt auf dieselben nach ihren Erbanteilen, auf die Kinder also zu fünf Sechsteilen übergegangen und sie besteht noch jetzt. Denn wenn bei Ableben des † Berger die Eventualteilung aufgeschoben wurde mit der Bestimmung, daß bei nachträglicher Vornahme derselben der alsdann vorhandene Vermögensstand zu Grunde gelegt werden soll, so ist hiedurch einerseits an und für sich an den gegenseitigen Rechten und Verpflichtungen des verstorbenen Ehegatten, resp. dessen Erben und des überlebenden Ehegatten hinsichtlich deren Sondergutes und der Errungenschaft lediglich nichts geändert, sondern nur die Auseinandersetzung hiewegen, sowie die Berechnung von Gewinn und Verlust unter Aenderung der Grundlage für diese Berechnung verschoben worden, und andererseits jetzt für die Vermögensauseinandersetzung nebst Gewinn- und

1) Lang, Pers.-R § 74 Not. 9. Seuffert's Archiv, Bd. 26. Nr. 176.
2) l. 8. D. 44. 4, u. l. 173, § 3, D. 50. 17.

Verlustberechnung infolge der Konkurseröffnung nur der jetzt vorhandene Vermögensstand maßgebend [1]).

Nach der hienach gefertigten Vermögensauseinandersetzung aber ist der Nachlaß des † Berger infolge dessen Anteils, resp. nun des Anteils seiner Kinder an den Gemeinschaftsschulden ebenso überschuldet, wie die Vermögensmasse der Wittwe infolge ihres Anteils an diesen Schulden, und da, vermöge des jeder der beiden Vermögensmassen gegen die andere zustehenden Absonderungsrechts aus § 44 der Konkursordnung, jede das noch vorhandene Sondervermögen eines der Ehegatten bis zur Bezahlung seines Anteils an den Gemeinschaftsschulden zurückbehalten und die Verwendung desselben zur Tilgung dieser Schulden verlangen kann [2]), so ist für die Tilgung der schon bei Aufschub der Eventualteilung bestandenen Sondergutsschulden eines jeden Ehegatten nichts mehr übrig. Diese Schulden sind daher noch fortbestehend, und es können und dürfen jetzt die Gemeinschaftsgläubiger von den Kindern als Erben des † Vaters den Ersatz der Prämienleistungen für die Lebensversicherung zu fünf Sechsteilen beanspruchen und folgegemäß von dem an sie hinauszubezahlenden Betrag der Lebensversicherungssumme in Abzug bringen.

Hienach berechnet sich die Forderung der Kinder wie folgt:

Der † Berger hatte in den Jahren 1874 bis 1881 vierteljährlich 36 fl. 58 kr. = 63 Mk. 30 Pfg., jährlich also 253 Mk. 20 Pfg. Prämien zu zahlen, im letzten Jahre 1881 blieb er jedoch ausweislich der Quittungsurkunde vom 10. Januar 1882 mit 188 Mk. im Rückstande. Im Ganzen hatte Berger somit 1837 Mk. 60 Pfg. bezahlt, woran die Kinder fünf Sechsteile zu ersetzen haben mit 1531 Mk. 53 Pfg., über deren Abzug an dem von ihnen als Anteil an der Lebensversicherungssumme geltend gemachten Betrag von 6051 Mk. 45 Pfg. also nur noch 5464 Mk. 12 Pfg. als Forderung der Kinder aus der Lebensversicherungssumme übrig bleiben.

---

1) Württ. Archiv Bd. XII. S. 259 u. ff. u. 395 u. ff. Stein-Hohl, Erbrecht S. 232.

2) Stieglitz, Conc. Ordg. Seite 237 und 238.

7. Diese Ersatzforderung der Kinder des † Berger im Betrage von 5464 Mk. 12 Pfg. bildet, wie in Ziff. 5 vorstehend nachgewiesen ist, eine Sozialschuld der infolge des Aufschubs der Eventualteilung zwischen der Wittwe und den Kindern geschaffenen Vermögensgemeinschaft, deren Teilhaber, anschließend an die zwischen dem † Berger und seiner Ehefrau während der Ehe bestandene Errungenschaftsgemeinschaft und nach Analogie derselben, einerseits die Wittwe, und andererseits als Erben ihres verstorbenen Vaters und an Stelle desselben die Kinder waren, so daß für die Sozialschulden hälftig die Mutter und hälftig die Kinder haftbar wurden, wie denn demgemäß auch für die entstandene Einbuße die Wittwe und die Kinder nach einer Entscheidung unseres Königl. Oberlandesgerichts vom 13. Juli 1883 [1]) je hälftig haften. Es sind somit die Kinder selbst für die Hälfte der obigen Ersatzforderung verbindlich. Sie sind also für die Hälfte derselben Gläubiger und Schuldner zugleich, und es ist daher insoweit ihre Forderung durch Konfusion erloschen [2]). Sie haben daher jetzt nur noch die Hälfte obigen Betrags mit 2732 Mk. 6 Pfg. zu beanspruchen. Dieser Erfolg ist rechtlich dadurch herbeigeführt worden und der hiedurch für die Kinder erwachsende Verlust und Schaden also auch dadurch verursacht, daß ihr ein Eigenvermögen derselben bildender Anteil an der Lebensversicherungssumme gar nicht ausgeschieden, sondern die ganze Lebensversicherungssumme in die Gemeinschaft, welche zwischen ihnen und der Mutter rücksichtlich des bei Ableben des Vaters vorhanden gewesenen beiderseitigen ehelichen Vermögens fortgesetzt wurde, als ein vermeintlicher Bestandteil des Letztern einbezogen, und daß sie damit, da dies bezüglich des ihnen gebührenden Anteils an der Lebensversicherungssumme unberechtigter Weise geschah, Gläubiger der Gemeinschaft geworden sind, und als solche nun bei dieser den Betrag ihres Eigenvermögens herauszufordern haben. Wenn die Wittwe Berger

1) Boscher's Zeitschr. Bd. 26 Seite 4 u. ff.
2) Windsch. Pand.-R. Bd. II § 352.

für diesen Vorgang verantwortlich gemacht werden könnte und hiewegen zum Schadenersatz gegenüber den Kindern verpflichtet wäre, so stünde einem solchen Ersatzanspruche die eingetretene Konfusion wohl nicht im Wege [1]), und die Kinder könnten aus diesem Rechtsgrunde ihre volle Forderung im Konkurse der Mutter geltend machen. Allein es trifft dieser Rechtsgrund nicht zu. Denn nach unseren Gesetzen stehen der überlebenden Mutter nicht, wie dem verstorbenen Vater, die Rechte und Pflichten eines Vormundes zu [2]); es muß vielmehr bei Vorableben des Vaters den Kindern immer ein Vormund gesetzt werden, wie dies auch im gegebenen Fall geschehen ist, und diesem lag gesetzlich die Pflicht ob, das Vermögen der Kinder feststellen zu lassen und es entweder in die Nutznießung und Verwaltung der Mutter gegen Sicherheitsleistung überzuleiten oder selbst in Verwaltung zu nehmen [3]).

Der Mutter stund zwar gesetzlich das Recht zu, die Nutznießung und Verwaltung des Eigenvermögens der damals sämtlich noch minderjährigen Kinder zu beanspruchen, und wenn sie bei Ableben des † Berger von diesem Rechte unter Geltendmachung der Eigenschaft des Anteils der Kinder an der Lebensversicherungssumme als eines nicht vom Vater ererbten, sondern aus selbstständigem Rechte erworbenen Eigenvermögens Gebrauch gemacht hätte, so wäre dasselbe wahrscheinlich nicht wie ein Bestandteil des beiderseitigen ehelichen Vermögens in die fortgesetzte Gemeinschaft einbezogen worden; der Mutter stund aber nur das Recht, nicht auch die Pflicht zu, die Verwaltung des Eigenvermögens der Kinder zu beanspruchen, sie konnte auf das Recht verzichten, und sie kann daher auch nicht verantwortlich dafür gemacht werden, daß sie von ihrem Rechte nicht in der angedeuteten Weise Gebrauch gemacht hat. Uebrigens auch wenn sie an und für sich hiewegen verantwortlich wäre, so würde in dieser Nichtausübung und Unterlassung im

1) Windscheid a. a. O. Note 4.
2) Lang, Pers.-Recht § 82.
3) Lang, a. a. O § 101. S. 618 u ff.

gegebenen Falle, sowie überhaupt in dem ganzen Vorgange auf Ableben des † Berger doch keine derart schuldhafte Handlungsweise ersehen werden können, aus welcher sich eine Ersatzverbindlichkeit für sie ableiten ließe. Denn es kann gewiß als ein grobes Versehen oder als ein Mangel gewohnten Fleißes nicht angesehen werden [1]), so wenig auf Seite der Mutter als auf Seite des Pflegers, wenn von denselben ohne weiteres entsprechend der damals üblichen und selbst noch von höheren Gerichten geteilten Anschauung, und unter den Augen und im Einverständnis der Teilungs- und Vormundschaftsbehörde die Lebensversicherungssumme als ein Bestandteil des Nachlasses des † Berger, resp. der ehelichen Errungenschaft angesehen und behandelt, und demgemäß in die fortgesetzte Vermögensgemeinschaft einbezogen wurde.

Noch kann es sich fragen, ob nicht die Wittwe Berger, weil sie die Verwaltung der fortgesetzten Vermögensgemeinschaft ausübte, aus diesem Grunde für den vollen Betrag aller oder gewisser Gemeinschaftsschulden haftet und demgemäß auch den Kindern als Sozialgläubigern wegen Herausbezahlung deren Anteils an der Lebensversicherungssumme, der bezüglich der Hälfte ihres Forderungsbetrags eingetretenen Konfusion ungeachtet, für den vollen Forderungsbetrag haftet und verbindlich ist? [2])

Wenn die Eventualteilung mit der Bestimmung aufgeschoben worden ist, daß der künftigen Teilung der alsdann vorhandene Vermögensstand zu Grunde gelegt werden soll, so wird angenommen, daß dem überlebenden Ehegatten bezüglich der Verwaltung des Gesamtvermögens dieselbe Stellung und dieselben Rechte, wie dem Ehemann während der Dauer der Ehe, zukommen [3]), woraus von selbst folgt, daß der überlebende Ehegatte für die erwachsenden Gemeinschaftsschulden in demselben Umfange verbindlich und haftbar wird, wie der Ehemann

1) Lang, a. a. O. § 103.

2) l. 21 § 5 D. 46, 1. Windsch. a. a. O.

3) Stieglitz, Conc. Ordg. S. 320 Note 111. Stein-Hohl's Erbr § 242, Zusätze.

für die während der Ehe entstandenen Sozialschulden. Nun ist es zwar bekanntlich unter den Rechtsgelehrten bestritten, ob und unter welcher Voraussetzung der Ehemann bei Sozialschulden prinzipaliter oder subsidiär für den vollen Betrag derselben haftbar sei? Die Doktrin stimmt jedoch jetzt darin überein, einerseits, daß der Ehemann nur bei solchen Sozialschulden für den vollen Betrag haftbar sei, welche er selbst kontrahiert, und wenn er hiebei den Gläubigern gegenüber seinen Willen, nicht für das Ganze der entstehenden Schuld haftbar werden zu wollen, nicht kund gethan hat, und andererseits, daß der Ehemann jedenfalls dann nur für die Hälfte einer Sozialschuld haftbar sei, wenn diese nicht infolge Vertrags, sondern unabhängig von dem Willen der Ehegatten entstanden war [1]).

Wenn man dem analog die oben erhobene Frage von der Haftbarkeit der Wittwe Berger bezüglich der jetzigen Forderung der Kinder als eine Sozialschuld würdigt, so kann meines Erachtens kein Zweifel sein, daß die Wittwe nicht für das Ganze dieser Forderung haftbar gemacht werden kann; denn diese Forderung hat überhaupt ihren Entstehungsgrund nicht in einer Verwaltungshandlung der Wittwe allein, sondern in der unberechtigten Einbeziehung des Anteils der Kinder an der Lebensversicherungssumme in das Gemeinschaftsvermögen, bei welchem Vorgange die Wittwe und die Kinder, resp. deren Vertreter in gleicher Weise beteiligt waren und handelten, und aus welchem nun von Rechtswegen, von der Wittwe nicht beabsichtigt und ohne einen hierauf gerichteten Willen derselben, die jetzige Ersatzforderung der Kinder entstanden ist.

8. Die Kinder nehmen für ihre Forderung im Konkurse ihrer Mutter, der Wittwe Berger, ein Vorzugsrecht gemäß § 54, Ziff. 5 der Konkursordnung in Anspruch.

Dieses Vorzugsrecht steht nach dem Wortlaute des Gesetzes, wie nach den Motiven den Kindern nur in Ansehung desjenigen Vermögens zu, welches gesetzlich der Verwaltung

1) S. Jahrb. der württ. Rechtspflege, Bd. I, S. 340 u. ff.

des Gemeinschuldners unterworfen ist und auch in diese Verwaltung gekommen war [1]).

Der ein Eigenvermögen der Kinder des † Berger bildende Anteil derselben an der Lebensversicherungssumme ist aber nicht in die der Wittwe rücksichtlich desselben zugestandene gesetzliche Verwaltung gekommen, und die Forderung, welche die Kinder jetzt wegen dieses ihres Eigenvermögens geltend machen können, ist daher auch kein Anspruch an die Mutter in Ansehung des in deren gesetzlicher Verwaltung stehenden oder gestandenen Vermögens der Kinder. Der Ersatzanspruch der Kinder wegen des Anteils, welcher ihnen an der Lebensversicherungssumme gebührt hat, kann vielmehr an die Mutter nur in Ansehung des gemeinschaftlichen Vermögens derselben und der Kinder, rücksichtlich dessen diese Letzteren für ihren Betreff durch den Aufschub der Eventualteilung der Mutter die Verwaltung freiwillig überlassen hatten, erhoben werden, und diesen Ersatzanspruch haben die Kinder nur, weil in dieses Gemeinschaftsvermögen von der Mutter und von den Kindern, resp. deren Vertreter die Lebensversicherungssumme und damit unabgeteilt und unausgeschieden auch der den Kindern an derselben gebührende Anteil in unberechtigter und daher nun seitens der Kinder anfechtbarer Weise einbezogen wurde. Allerdings ist demnach dieser Anteil auch in die Verwaltung der Mutter gekommen, aber nicht in die ihr gesetzlich hiewegen zugestandene Verwaltung, sondern in eine ihr ohne allen Gesetzeszwang freiwillig überlassene Verwaltung. Das Recht der Verwaltung, welches dem überlebenden Ehegatten seitens der Kinder durch den Aufschub der Eventualteilung bezüglich ihres unausgeschiedenen Betreffs an dem gemeinschaftlichen Vermögen freiwillig eingeräumt wird, und das Verwaltungsrecht, welches dem überlebenden Ehegatten an dem Eigenvermögen der Kinder von Gesetzeswegen zusteht, und welches voraussetzt, daß dieses Eigenvermögen ausgeschieden wurde und als solches in die Verwaltung des überlebenden Ehegatten

1) S. Stieglitz, Conc. Ordg. S. 379 u. ff. Lang a. a. O. Seite 513.

gekommen ist, sind wegen ihres erwähnten verschiedenen Entstehungsgrundes und der letzteren Voraussetzung schon an und für sich nicht identisch, und können namentlich wegen Mangels der letzteren Voraussetzung alsdann nicht als identisch angesehen werden, wenn der Aufschub der Eventualteilung mit der Bestimmung erfolgte, daß der dereinstigen Teilung der alsdann vorhandene Vermögensstand zu Grunde gelegt werden solle. Denn in diesem Fall steht es wegen des gleichen Anteils der Kinder an dem bis dahin entstehenden Gewinn und Verlust und der Einbuße vor der dereinstigen Vermögensauseinandersetzung überhaupt noch gar nicht fest, ob den Kindern ein Eigenvermögen übrig bleibt oder nicht. Auch materiell ist jenes Verwaltungsrecht des überlebenden Ehegatten bezüglich des gemeinschaftlichen Vermögens analog demjenigen, welches während der Ehe dem Ehemann zusteht, und das Verwaltungsrecht der Eltern rücksichtlich der Eigengüter des Kindes, das der väterlichen Gewalt entspringt, nicht identisch, wie schon die bestehende Streitfrage beweist, ob bei Aufschub der Eventualteilung mit der oben erwähnten Bestimmung der überlebende Ehegatte vermöge des ihm hiedurch eingeräumten Verwaltungsrechtes über das gemeinschaftliche Vermögen frei verfügen und daher die darunter begriffenen Liegenschaften auch bezüglich des Anteils der Kinder an denselben beliebig veräußern und belasten dürfe, oder ob hiezu die Zustimmung der Kinder, resp. ihres Pflegers erforderlich sei [1]), während doch in dieser Beziehung, was das gesetzliche Verwaltungsrecht des überlebenden Ehegatten hinsichtlich des Eigenvermögens der Kinder anbelangt, gesetzlich ganz bestimmte dasselbe einschränkende Vorschriften bestehen [2]).

So wenig daher die Kinder wegen ihres Betreffs an dem gemeinschaftlichen Vermögen, den sie infolge des Aufschubs der Eventualteilung unter obiger Bestimmung der Alleinverwaltung des überlebenden Elternteils überlassen haben, den gesetzlichen

---

1) S. Boscher's Zeitschr. Bd. 26. S. 4 u. ff.
2) S. Lang a. a. O. § 84. Seite 532 u. ff.

Pfandrechtstitel geltend machen können [1]), so wenig haben dieselben hiewegen das Vorrecht des § 54, Ziff. 5 der Konkursordnung anzusprechen. Es ist dies auch von Stieglitz, Konkursordnung S. 381, so angesehen, indem er ausführt, daß, wenn die Eventualteilung aufgeschoben worden, in einem späteren Konkurse des überlebenden Ehegatten bei der Auseinandersetzung gemäß § 14 und 44 der Konkursordnung für die Anwendung dieses Vorrechts kein Raum bleibe, und, indem er, das gewöhnliche Adventiz-Gut und das hinterfällige Vermögen der Kinder einander gegenüberstellend und als selbstverständlich voraussetzend, daß durch den freiwilligen Aufschub der Eventualteilung das Letztere, aber nicht das Erstere in die fortgesetzte Vermögensgemeinschaft gekommen sei, bemerkt, es werde durch diesen Aufschub der Eventualteilung an dem Nießbrauch und Verwaltungsrechte des überlebenden Ehegatten an dem gewöhnlichen Adventizgut nichts geändert. In dem gleichen Sinne ist auch die Bemerkung bei Hohl, Konkursordg. S. 71, Erläuterung oben, daß das Vorzugsrecht (nach § 54, Ziff. 5 der Konkursordnung) auch im Falle eines Teilungsaufschubs und der Fortsetzung der Vermögensgemeinschaft mit den Kindern bestehe, aufzufassen, da derselbe hiebei auf Stein-Hohl's Erbrecht § 242 Zusatz C verweist, wo hieher bezüglich nur bemerkt ist, daß nach Aufschub der Eventualteilung Erwerbungen des Hinterfallserben, die nicht in Verbindung mit ihrem in der Gemeinschaft befindlichen Erbvermögen stehen, nicht in jene fallen, und insbesondere alle Erwerbungen, die ihre Pekulien bilden, den Kindern zukommen, vorbehältlich der gesetzlich begründeten Verwaltungs- und Nutznießungsrechte des überlebenden Gatten.

Nach all' dem sind die Kinder des † Berger nicht befugt, für ihre Ersatzforderung wegen ihres Anteils an der auf Ableben desselben angefallenen Lebensversicherungssumme im Konkurse der Mutter das Vorrecht gemäß § 54, Ziff. 5 der Konkursordnung zu beanspruchen.

---

1) S. Lang, Sachenrecht Bd. II Seite 189, Note 27.

9. Es ist endlich noch die Frage zu würdigen, ob und wie weit die Kinder des † Berger den Gläubigern im Konkurse der Mutter nicht bloß mit ihrem Anteile an dem vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögen, wie solches durch die Auseinandersetzung aus Veranlassung der Konkurseröffnung festgestellt worden ist, haften, sondern auch mit ihrem eigenen Alleinvermögen, welches sie früher oder später bereits erworben haben und noch erwerben werden. In dieser Richtung ist unter Hinweis auf das unter Ziff. 7 und 8 Ausgeführte zunächst als unzweifelhaft zu betrachten, daß die Kinder überhaupt nur je für den hälftigen Betrag der vorhandenen Schulden verbindlich sind, ausgenommen, insoweit einzelne dieser Schulden noch von dem † Berger selbst kontrahiert worden wären, da für diese letzteren Schulden die Kinder infolge des Erbschaftsantritts als Erben ihres Vaters nach ihrem Erbanteile haftbar geworden und geblieben sind [1]), und selbstverständlich auch ausgenommen, wenn und soweit eines der Kinder selbst in rechtsgültiger Weise für einzelne der Schulden sich weiter verbindlich gemacht hätte. Was aber speziell die obige Frage anbelangt, so ist zwar in der schon angeführten Entscheidung des Kgl. Oberlandesgerichts vom 13. Juli 1883 ausgeführt, daß die durch den Aufschub der Eventualteilung getroffene Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern als eine von der alten Errungenschaftsgesellschaft rechtlich verschiedene und nach den Grundsätzen der gemeinen Sozietät zu beurteilende Gemeinschaft aufzufassen sei [2]); allein man wird nicht annehmen dürfen, daß hiemit das oberste Landesgericht diese Gemeinschaft rücksichtlich der aus derselben entstehenden Verpflichtungen der einzelnen Teilhaber ganz analog einer gemeinrechtlichen Erwerbsgesellschaft angesehen wissen will, bei welcher allerdings jeder Teilhaber für die Gesellschaftsschulden nach seinem Anteil mit seinem ganzen Vermögen haftet [3]).

1) Mayer, Württ. Erbr. § 144, S. 206, Note 9.
2) Boscher, Zeitschr. Bd. 26, S. 4 u. ff.
3) Windsch Pand.-R § 407, Note 3.

Es hat diese Gemeinschaft, von den Kindern an Stelle ihres verstorbenen Elternteils und als Erbe desselben eingegangen, vielmehr nur die Verwaltung des bisherigen gemeinschaftlichen Ehevermögens zum Zwecke auf Erwerb und Verderb dieses Vermögens, also allerdings mit der Verpflichtung der Teilhaber zu gleichem Anteil an Gewinn und Verlust, welcher hieraus entstehen werde, aber nur an Stelle ihres verstorbenen Elternteils, und daher mit Beschränkung der Haftung der Kinder auf ihr von dem verstorbenen Elternteil als Erben erworbenes Vermögen. Auch tritt die Gemeinschaft nach außen überhaupt nicht als solche auf, so daß daher regelmäßig der verwaltende überlebende Ehegatte als Selbstkontrahent handelt und daher an und für sich auch nur er für die von ihm eingegangene Verbindlichkeit verhaftet wird, die Kinder aber, insoweit als der überlebende Ehegatte hiebei im Interesse der Gemeinschaft oder zur Verwendung in dieselbe gehandelt hat, nur innerhalb und aus der von ihnen gegenüber dem verwaltenden Elternteil übernommenen Haftung. Die Rechtslehrer und Praktiker waren auch, übereinstimmend mit den Gerichten, bisher immer der Ansicht, daß in dem Falle, wenn auf Ableben eines der in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehegatten die Eventualteilung aufgeschoben und bestimmt wird, daß bei späterer Vornahme derselben das alsdann vorhandene Vermögen zu Grunde gelegt werden solle, in die hiedurch gebildete Gemeinschaft die Kinder lediglich als Repräsentanten ihres verstorbenen Elternteils und an dessen Stelle eintreten, und daß die Kinder aus der an Stelle desselben fortgesetzten Gemeinschaft auch bloß mit dem von ihm herrührenden und in die Gemeinschaft einbezogenen Vermögen und dessen etwaiger Vermehrung in der Gemeinschaft den Gemeinschaftsgläubigern sich verbindlich machen wollen und verbindlich werden, somit auch die Kinder nicht verpflichtet seien, für die Einbuße und Sozialschulden der fortgesetzten Gemeinschaft mit demjenigen Vermögen einzutreten, das nicht in die vereinbarte Vermögensgemeinschaft gehört [1]).

1) Gerber, System d. deutsch. Privatr. § 236. Stein-Hohl, Erbr.

Es muß hienach auch im vorliegenden Falle angenommen werden, daß die Kinder des † Berger den Gläubigern im Konkurse der Mutter, insofern nicht die eine oder andere der Forderungen schon von dem † Berger selbst noch kontrahiert worden war, und sofern ein oder das andere Kind für eine einzelne dieser Forderungen sich nicht selbst rechtsförmig weiter verbindlich gemacht hat, nur mit ihrem Anteil an dem vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögen, wie er durch die Auseinandersetzung aus Veranlassung der Konkurseröffnung festgestellt worden ist, nicht aber auch mit dem Alleinvermögen, das die Kinder jetzt besitzen oder später erwerben werden, haftbar sind. Es können sich die Konkursgläubiger also auch namentlich nicht an den Betreff halten, welcher den Kindern auf ihre Ersatzforderung bezüglich der Lebensversicherungssumme im Konkurse der Mutter zuzuweisen sein wird.

IV. Ich stelle nun das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen in Folgendem zusammen:

1. Die Kinder des † Berger hatten an der auf Ableben desselben angefallenen Lebensversicherungssumme Anteil zu fünf Sechsteilen, und dieses Vermögen erwarben sie auf Ableben des Vaters nicht als dessen Erben, sondern aus selbstständigem Rechte, so daß es also ein Eigengut derselben bildete.

2. Dieses Eigengut der Kinder wurde deshalb unberechtigter Weise in die sog. fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft mit ihrer Mutter einbezogen, aus welchem Rechtsgrunde sie eine Ersatzerforderung auf Herausbezahlung des Betrags des Anteils haben, welcher ihnen an der Lebensversicherungssumme gebührte. Dieselben müssen sich jedoch an diesem Betrage als Erben ihres Vaters fünf Sechsteile der von dem † Berger aus dem ehelichen Gemeinschaftsvermögen geleisteten Prämienzahlungen in Abrechnung bringen lassen.

3. Die hierüber noch verbleibende Ersatzforderung der

Seite 279. Mandry, württ. Priv.-R. Vorles. § 77. Mayer, württ. Erbr. u. s. w. § 144, Note 7 und 10. Boscher Zeitschr. Bd. VII, Seite 35. Württ. Archiv Bd. XII. S. 259 und 395.

Kinder im Betrage von 5464 Mk. 12 Pfg. ist durch Konfusion hälftig erloschen, weil ihre Forderung eine Sozialschuld aus der sogenannten fortgesetzten Errungenschaftsgesellschaft bildet, für welche sie als Teilhaber derselben selbst hälftig zu haften und aufzukommen haben.

4. Die Kinder können daher nur die ihnen verbliebene andere Hälfte ihrer bezeichneten Ersatzforderung im Betrage von 2732 Mk. 6 Pfg. im Konkurse der Mutter geltend machen, aber ohne das Vorrecht nach § 54, Ziff. 5 der Konkursordnung, weil der Anteil der Kinder an der Lebensversicherungssumme seinerzeit nicht ausgeschieden und als Eigengut der Kinder in die gesetzliche Verwaltung der Mutter gekommen war, sondern die ganze Lebensversicherungssumme unausgeschieden in die sogenannte fortgesetzte Errungenschaftsgemeinschaft einbezogen wurde.

5. An den hienach im Konkurse der Mutter zur Verweisung kommenden Betreff der bezeichneten Forderung der Kinder oder an anderes Vermögen, welches dieselben während des Konkurses für sich allein erworben haben oder später erwerben werden, können sich die Gläubiger der Mutter nicht halten, außer bei solchen Forderungen derselben, welche noch bei Lebzeiten des Berger gegen diesen selbst entstanden waren, und für welche daher die Kinder infolge ihres Erbschaftsantritts zu fünf Sechsteilen haftbar wurden und geblieben sind, oder für welche ganz oder zum Teil die Kinder sich selbst in rechtsförmiger Weise weiter verbindlich und haftbar gemacht haben.

B. Entscheidung des Oberlandesgerichts.

Vorstehende Abhandlung war schon früher zum Abdrucke eingesandt, von der Redaktion aber auf die Bitte des Einsenders zurückgestellt worden, weil inzwischen der Fall gerichtlich anhängig geworden war.

Es hatten nämlich die vier jüngeren Kinder des † Berger (das älteste Kind, eine verheiratete Tochter, machte keine An-

sprüche geltend) wegen der von ihnen beanspruchten vier Sechsteile an der Lebensversicherungssumme von 8418 Mk. 53 Pfg. Klage gegen den Konkursverwalter im Konkurse der Wittwe bei dem Landgerichte in Ulm erhoben, nachdem in dem Prüfungstermine Forderung und Vorzugsrecht bestritten worden war.

Ihrem Antrage entsprechend erkannte die II. Civilkammer des Landgerichts in Ulm am 22. Februar 1889:

Die Forderung der vier Kläger in Höhe von je 1403 Mk. 9 Pfg. wird als bevorrechtet gemäß § 54 Z. 5 der Konk.-O. festgestellt und der Beklagte wird für schuldig erkannt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die gegen dieses Urteil von dem Konkursverwalter erhobene Berufung wurde durch Urteil des II. Civilsenats des Oberlandesgerichts vom 13. Juni 1889 zurückgewiesen.

In den Gründen des letztern Urteils wurde ausgeführt:

I. Da bei Abschließung des Versicherungsvertrages zwischen Bernhard Berger und der M. Lebensversicherungsgesellschaft die Versicherung ausdrücklich zu Gunsten der in der Versicherungspolice genannten Personen gestellt wurde, so war nach den, in wiederholten Entscheidungen des vormaligen Obertribunals und des Reichsgerichts anerkannten, Grundsätzen des geltenden Rechtes [1]) mit dem Tode der Person, deren Leben versichert war, jenen Personen unmittelbar ein Klagrecht aus dem Versicherungsvertrage auf Zahlung der Versicherungssumme erwachsen. Es ist daher insbesondere den Kindern des Bernhard Berger das Recht auf einen Anteil an der Versicherungssumme nicht als Erben ihres Vaters zugefallen, sondern zufolge der von ihrem Vater in dem Versicherungsvertrage getroffenen Bestimmung.

II. Diese Bestimmung war dahin gegangen, daß die Versicherungssumme von 5000 Gulden nach dem Tode des Versicherten an seine Frau und Kinder gezahlt werden solle. Mit klaren Worten hatte daher Bernhard Berger über die ganze

1) Vgl. Seuffert's Archiv XXIV. N. 155. Entsch. des Reichsg. in Civilsachen. I, 379. XVI, S. 127. Seuffert's Archiv XLIII. N. 145. Vgl. ebendas. XXVI N. 268.

Versicherungssumme disponiert. Zwar waren von ihm die Prämien aus dem Gesamtgute der Ehegatten, sonach hälftig aus dem Vermögen der Ehefrau, bezahlt worden, allein hieraus läßt sich nicht folgern, daß er trotz jener bestimmten Willenserklärung in Wirklichkeit nur über die Hälfte der Versicherungssumme habe verfügen, die Verfügung über die andere Hälfte seiner Ehefrau habe überlassen wollen. Ein Recht der Ehefrau aber auf die hälftige Versicherungssumme kann nicht aus der Thatsache abgeleitet werden, daß die Prämienzahlungen, mittelst welcher der Anspruch auf die zu leistende Versicherungssumme erworben worden ist, zur Hälfte aus ihrem Vermögen geleistet worden sind.

III. Es könnte sich höchstens fragen, ob dieser Umstand nicht einen Ersatzanspruch der Ehefrau, bezw. der Gläubiger derselben begründe und zwar entweder gegen diejenigen, zu deren Gunsten die Versicherung erfolgt ist, oder gegen den Ehemann, welcher das Vermögen der Frau in dieser Weise verwendet hat, beziehungsweise gegen die Erben des Ehemanns. Allein in beiderlei Beziehungen steht einem Ersatzanspruche der Ehefrau (beziehungsweise der Gläubiger der Ehefrau) der Umstand entgegen, daß, wie anzunehmen ist, die Prämienzahlungen mit Wissen der Ehefrau aus dem Gesammtgute der Ehegatten geleistet worden sind. Dieselben geschahen ja im Interesse der Ehefrau und im Interesse ihrer Kinder. Nichts läßt darauf schließen, daß die Ehefrau von der erfolgten Versicherung und von den Prämienzahlungen keine Kenntnis gehabt habe. Der Beklagte selbst vermag eine Behauptung in dieser Richtung nicht aufzustellen. Wollte man aber einwenden, daß es sich dann von einer Schenkung an die Kinder handle, und zwar von einer den Betrag von 200 Gulden übersteigenden Schenkung, welche in Ermanglung gerichtlicher Insinuation nichtig wäre, so käme in Betracht, daß, falls überhaupt von einer Schenkung die Rede sein könnte, eine gleichmäßige Vergabung der Eltern an ihre sämtlichen Kinder vorläge, solche Vergabungen aber von dem Gebote der Insinuierung

ausgenommen sind [1]). Dies träfe zu, ob man [2]) nun als Gegenstand der Schenkung dasjenige ansehen mag, was der den Versicherungsvertrag Abschließende aufgewendet hat, damit seinen Kindern der von ihm beabsichtigte Vermögensvorteil zukomme, oder [3]) dasjenige, was die Kinder infolge des von ihm mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrages und der demgemäß an diese Gesellschaft gemachten Leistungen von der letztern erhalten sollten und auch erhalten haben [4]).

IV. Nach der bei Abschließung des Versicherungsvertrages getroffenen Bestimmung sollte die Versicherungssumme nach dem Tode des Versicherten „an seine Frau und Kinder" gezahlt werden. Mag man nun davon ausgehen, daß, da diese Personen die gesetzlichen Erben des Versicherten waren, letzterer diese Eigenschaft im Auge gehabt und gewollt habe, daß sie in demselben Verhältnisse, in welchem sie seine Erben werden, auch an der Versicherungssumme Anteil haben sollen, oder mag man die Regel zu Grunde legen, wonach, wenn Mehrere

1) Landrecht II. 18, § 9.

2) Vgl. Entscheidung des Obertribunals vom 7. Mai 1870 in Seufferts Arch. XXIV, S. 240. Württ. Arch. XIII. S. 456.

3) Vgl. Windscheid's Lehrb. des Pand.R. 6. Aufl. II, § 365. Note 15, 16.

4) In der vorstehenden Abhandlung wird die oben erörterte Frage anders beantwortet, es wird nämlich in Z. 6 ausgeführt, daß die Wittwe und die Kinder nach den Grundsätzen der negotiorum gestio verpflichtet gewesen seien, zum mindesten den Betrag der von dem † Berger geleisteten Prämienzahlungen an die eheliche Errungenschaftsgemeinschaft zu ersetzen. Allein soweit es sich um den Ersatz der aus dem Vermögen des Mannes geleisteten Zahlungen handelt, (bezüglich der aus dem Vermögen der Frau geleisteten, mag es genügen, auf die obigen Entscheidungsgründe zu verweisen) so liegt doch wohl kein Grund zu der Annahme vor, daß der Vater der Kinder die Prämienzahlungen mit der Absicht geleistet habe, diese Ausgaben sich von denen, zu deren Gunsten die Versicherung gestellt war, wieder ersetzen zu lassen. Seine Absicht ging vielmehr dahin, diesen Personen, ohne rechtlich dazu verbunden zu sein und ohne eine Gegenleistung zu erwarten, einen Vermögensvorteil zuzuwenden. Ein animus recipiendi lag nicht vor. Vgl. Windscheid, Pand. II. § 430. Nr. 2 a. (Bem. des Einsenders).

zusammen etwas zu fordern haben, im Zweifel eine Teilung der Leistung nach Bruchteilen zwischen ihnen eintritt [1]), im einen wie im andern Falle wäre die Folge gewesen, daß die Witwe und die fünf Kinder des Versicherten je zu 1/6 Anspruch an die Versicherungssumme hatten. Die Möglichkeit, daß der Versicherungsnehmer mit Rücksicht darauf, daß die Prämien aus dem ehelichen Gesamtvermögen bezahlt worden sind, beabsichtigt habe, seiner Frau die eine Hälfte der Versicherungssumme ganz und an der anderen Hälfte einen Kopfteil zuzuwenden, ist zwar an sich nicht ausgeschlossen, aber eine solche Absicht ist eben nicht zum Ausdruck gelangt. Ebenso ist die Behauptung des Beklagten durch nichts begründet, daß der Versicherungsnehmer die Kinder im Verhältnis zur Ehefrau als „conjuncti" angesehen habe, und daß darum das zur Anwendung komme, was in unseren Rechtsquellen für den Fall eines „conjunctim legare" vorgeschrieben ist.

V. Nicht minder unbegründet ist die in dieser Instanz neu aufgestellte Behauptung des Beklagten, daß bei der Teilungsverhandlung vom 29. Dezember 1881 die Beteiligten übereingekommen seien, es solle die von der Versicherungsgesellschaft zu zahlende Versicherungssumme als ein Teil des Nachlasses des Bernhard Berger behandelt werden. Daraus, daß an diesem Tage die Teilungsbehörde Suppingen der Wittwe Berger die zu ihrer Legitimation gegenüber der Versicherungsgesellschaft dienende Urkunde ausgestellt hat, kann dies nicht entnommen werden, da aus dieser Urkunde nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde die Teilungsbehörde angenommen hat, daß die Versicherungssumme ohne Anstand an die Wittwe ausbezahlt werden könne. Der Beklagte aber hat ausdrücklich erklärt, daß er seine Behauptung lediglich durch Berufung auf diese Thatsache zu begründen vermöge.

VI. Ist den Klägern auf den Tod ihres Vaters der ihnen gebührende Anteil an der Versicherungssumme nicht als

---

1) l. 11, § 1. D. de duob. r. XLV. 2. Vgl. Windscheid, Pand. II, § 292 im Eing.

Erben ihres Vaters zugefallen, sondern infolge des von letzterem mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrages, so fiel dieser Erwerb der Kinder unter das ordentliche Eigengut derselben. An diesem steht, solange die häusliche Gewalt dauert, in erster Linie dem Vater als dem Verwalter der ehelichen Gesellschaft, nach dessen Tode aber der Mutter kraft Gesetzes das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht zu [1]).

Es war daher die Wittwe Berger in Gemäßheit des ihr zustehenden Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes befugt, die Versicherungssumme, auch soweit sie den Kindern gebührte, an sich zu nehmen. Dies hat sie denn auch unbestrittenermaßen gethan, sie ist daher verpflichtet, nach beendigter Nutznießung ihren Kindern die betreffenden Beträge herauszugeben. Ob sie von der irrtümlichen Auffassung ausging, daß die Versicherungssumme unter den Nachlaß ihres verstorbenen Gatten gehöre, ist ohne Einfluß auf diese ihre rechtliche Verpflichtung, ebenso ob die Teilungsbehörde diese irrige Auffassung teilte. Nicht minder bedeutungslos ist, wie sie die ihr zugekommenen Gelder verwendet hat, und ob die Teilungsbehörde der ihr nach Art. 43 des Notariatsgesetzes obliegenden Verpflichtung nachgekommen ist.

Hienach liegen die Voraussetzungen des § 54, Ziffer 5 der Konkursordnung vor.

VII. Der Beklagte behauptet, es haben durch die nach dem Tode des Bernhard Berger von der Wittwe und den Kindern eingegangene communio und den Fortbetrieb der Bierbrauerei für letztere die Beteiligten eine offene Handelsgesellschaft begründet und haften darum für die Schulden derselben solidarisch. Durch diese Schuldhaftung, behauptet er, sei der Anspruch der Kläger gegen die Masse weitaus kompensiert. Allein wenn auch nicht zu leugnen ist, daß eine Handelsgesellschaft stillschweigend durch ein gewisses thatsächliches Verhalten begründet werden kann, so darf doch in der thatsächlichen

1) Landrecht IV. 9, § 2, 5; IV. 11, § 1; IV. 12, § 1. Vgl. Weishaar, Württ. Privatr. I, § 244. Lang, Personen-Recht. 2. Aufl. S. 531.

Fortsetzung eines Handelsgewerbes durch die Erben des verstorbenen Inhabers unter der bisherigen Firma an und für sich ein derartiger stillschweigender Abschluß einer offenen Handelsgesellschaft keineswegs gefunden werden [1]). In anderer Weise aber hat der Beklagte jene Behauptung nicht zu begründen vermocht.

VIII. Die Kinder des Bernhard Berger sind Erben ihres Vaters geworden und haben als solche mit ihrer Mutter den Vertrag wegen Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft abgeschlossen. Durch diese Uebereinkunft wurde in Betreff der durch Erbgang den Kindern zugefallenen Anteile an dem Vermögen des Vaters ein neues Gesellschaftsverhältnis zwischen ihnen und der überlebenden Mutter begründet. Das Wesentliche dieses neu begründeten Rechtsverhältnisses bestand darin, daß der Mutter die Verwaltung jener ideellen Anteile der Kinder an dem gemeinsamen, unabgeteilt gebliebenen Vermögen überlassen ward, und daß für die dereinstige Teilung der Gemeinschaft derjenige Stand des in der Hand der Mutter vereinigten Vermögens als maßgebend bezeichnet ward, welcher sich seiner Zeit bei dieser Teilung ergeben werde. Hieraus folgt, daß die überschüssigen Einkünfte aus dem gemeinschaftlichen Vermögen und das, was durch die Thätigkeit des überlebenden Ehegatten erworben wird, in die gemeinschaftliche Masse fallen, nicht aber andererseits das eigene Vermögen und der eigene Erwerb der Kinder. Denn nur in Betreff ihres Erbvermögens treten die Kinder in ein Gemeinschaftsverhältnis mit dem überlebenden Ehegatten: es handelt sich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft wesentlich um das Zusammenhalten der in der Ehe vereinigt gewesenen Güter [2]). Demgemäß enthält das der Mutter übertragene Verwaltungsrecht ein Dispositionsrecht über das in ihrer Verwaltung stehende Vermögen, bezüglich dessen nur die Frage entstehen kann, wieweit dieses Dispositionsrecht insbesondere bei Immobilien sich

1) Vgl. Entsch. des R.-Ober-Hand.-Ger. XI, S. 102 f. XXIII. S. 166. Entsch. des R.Ger. X, S. 102 f. XVI, S. 340.

2) Vgl. Heusler, Instit. des deutschen Privat-R. II. S. 471.

erstrecke, aber jenes Verwaltungsrecht enthält nicht das Recht, die Kinder selbst zu obligieren. Die Kinder stellen sich nicht als die Repräsentanten des verstorbenen parens in der Art dar, daß, gleichwie während der Ehe für die von dem einen Ehegatten in gültiger Weise gemachten Sozialschulden in Ermanglung gemeinschaftlichen Vermögens jeder Ehegatte mit seinem Sondergute zur Hälfte haftet [1]), so auch für die von dem überlebenden Ehegatten im Interesse der Gemeinschaft gemachten Schulden die Kinder mit ihrem eigenen Vermögen, d. h. mit dem nicht in der Gemeinschaft begriffenen Vermögen zur Hälfte einzustehen hätten. Es genügt also der Umstand, daß der überlebende Ehegatte Schulden gemacht hat und daß das gemeinschaftliche Vermögen zur Deckung dieser Schulden nicht hinreicht, an und für sich nicht für ein Haftbarmachen der Kinder.

Anders verhält es sich mit den Schulden des verstorbenen Ehegatten, welche durch den Erbschaftsantritt nach Verhältnis der Erbteile auf die Kinder übergegangen sind. Aber es ist, wie der vorige Richter richtig bemerkt hat, der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft der Mutter, bezw. als Vertreter der Masse der letztern nicht legitimiert diese Verbindlichkeit der Kinder geltend zu machen. Dies muß vielmehr den Gläubigern des Vaters überlassen werden.

IX. Die Kosten der Berufung fallen nach § 92 der C.P.O. dem Berufungskläger zur Last.

1) Landrecht IV, 4, §§ 2, 6, 7, 8.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

Accisegesetz, s. Ordnungsstrafen.

Anfechtungsrecht. Das dem Konkursverwalter zustehende Anfechtungsrecht kann nach Beendigung des Konkursverfahrens von einem Gläubiger nicht ausgeübt werden, wenn der Konkursverwalter unter Vorbehalt der Rechte des Gläubigers den anzufechtenden Anspruch im Konkurs anerkannt und befriedigt hat 4.

— die Anfechtung einer Rechtshandlung auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 ist nach dem Gesetz desjenigen Orts zu beurteilen, an welchem sich der durch die angefochtene Rechtshandlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegebene Gegenstand, aus welchem der Anfechtende im Fall der Unwirksamkeit dieser Handlung Befriedigung verlangen kann, befindet oder, sofern es sich nicht um einen an einem bestimmten Ort gelegenen Gegenstand handelt, nach dem Gesetz desjenigen Orts, an welchem der Anfechtende seine Befriedigung zu suchen hat, also des Wohnorts des Empfängers der angefochtenen Leistung 137.

Antrag auf gerichtliche Entscheidung s. Steuergesetze.

Auslieferungsvertrag, zur Auslegung des deutsch-englischen. Vorläufige Haft im Auslieferungsverfahren. Anwendung der Normen der St.P.O. 47.

B.

Begünstigung. Anwendbarkeit des Art. 5 Ziff. 3 des Landesgesetzes betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849 auf die Fälle der B. 167.

— Vergl. Gerichtsstand.

Beleidigung. Auch eine gegen ein Kind begangene Thätlichkeit kann eine B. enthalten 15.

— Wenn eine Aeußerung zum Teil zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geschehen ist (St.G.B § 193), so muß behufs Verurteilung wegen B. dargelegt werden, ob und inwiefern die Absicht, rechtswidrig die Ehre anzugreifen, also das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Aeußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschehen, hervorgehe 38.

— Eine auf Wahrnehmung berechtigter Interessen gerichtete Absicht und der hieraus abzuleitende Mangel subjektiven Verschuldens (St.G.B. § 193) kann da nicht angenommen werden, wo wider besseres Wissen (St.G.B. § 187) von einem Andern ehrverletzende Thatsachen behauptet werden 351.

— Durch § 193 des St.G.B wird die Behauptung oder Verbreitung einer nicht erweislich wahren Thatsache, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter Interessen geschieht, geschützt, und dieser Schutz wird dem nicht versagt, der eine Anzeige von einer straf-

baren Handlung bei einer Behörde macht oder ein Zeugnis über eine strafbare Handlung ablegt, sobald jener, wie dieser, an die Richtigkeit der von ihm bekundeten Thatsache glaubt 354.
Berufseinkommensteuer, Strafverfahren gegen die Hinterlassenschaft s. Steuergefährdung 52. 111.
Beschwerde gegen einen Bescheid der Staatsanwaltschaft nach St.P.O. § 170 Abs. 1. Vollmacht des Verletzten ist zur Erhebung der Beschwerde erforderlich 45. 46. Einmalige B. im Kostenfestsetzungsverfahren in Strafsachen 348.
Bierführen an Sonntagen, s. Gewerbebetrieb 27.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten 81.
Bürgschaft. Haftung des Gläubigers gegenüber dem Selbstschuldnerbürgen für Versäumnisse in der Ausklagung des Hauptschuldners. 239.

C.

Civilgerichtsbarkeit bei Streitigkeiten über Benützung von öffentlichen Wegen 81.

D.

Desertion, s. Verlassung 298. 299.
Dienstbarkeit, öffentlich rechtliche 87.
Dienstboten, Verlassen des Diensts ohne Grund, s. Gesinde 97. 225.
Diensteinkommensteuer, Strafverfahren gegen die Hinterlassenschaft, s. Steuergefährdung 52. 111.
Dienstvertrag. Rechte des Dienstherrn aus dem D. nach Württb. Rechte 97. 225.

E.

Ehe, Herstellung. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist unzulässig gegen einen mit unbekanntem Aufenthalt abwesenden Ehegatten 253.
— Würde unzweifelhaft vorliegen, daß das Wiedervereinigungsverlangen des Klägers nicht ernstlich gemeint, sondern bloß vorgegeben sei, um hierdurch zur Scheidung der Ehe zu gelangen, so wäre der klägerische Antrag abzuweisen 256. u. fg. 284.
Ehe, Herstellung. Grundlose Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens 260.
— Israelitisches Recht 262.
— Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens ist auch unter Katholiken statthaft 265.
— Die Berechtigung des Ehegatten, auf Herstellung des ehelichen Lebens zu klagen, wird dadurch ausgeschlossen, daß derselbe sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat, und zwar auch dann, wenn der unschuldige Teil nicht auf Scheidung klagt 269.
— Der getrennt lebende Ehegatte kann sich auch noch nach Ablauf eines Jahres von Rechtskraft des die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens aussprechenden Urteils an zur Rückkehr erbieten 279.
— Dieses Erbieten kann noch in dem zur Verhandlung über den Scheidungs-Antrag bestimmten Termine erfolgen 291. 295.
Ehebruch, Unzulässigkeit der Klage auf Herstellung der Ehe im Fall eines E. 269. 289.
— Widerklage auf Scheidung 287.
— Durch die Weigerung des unschuldigen Teils, mit dem andern Ehegatten zusammenzuleben, wird ein E. nicht entschuldigt 306.
— Wenn ein Ehegatte in Kenntnis des von dem andern verübten Ehebruchs Geschlechtsumgang mit dem andern Ehegatten gepflogen hat, so ist die Einrede der Verzeihung begründet 308.
— Dem E. steht in gewissen Fällen ein Verhalten des Ehegatten gleich, welches den ehebrecherischen Charakter in Gesinnung und Absicht, zugleich aber in Handlungen bekundet, die vermöge ihrer sittlichen Verwerflichkeit und ihres vernichtenden Einflusses auf das Wesen der Ehe eine ebenso grobe Verletzung der ehelichen Treue enthalten, wie ein wirklicher Ehebruchsakt 309.

— Regelmäßig ist auch der nächste Versuch eines Ehebruchs dem vollendeten Vergehen gleichzustellen, vorausgesetzt, daß die betreffende Handlung nicht in den äußersten Grenzen eines entfernten Versuchs geblieben, sondern soweit gediehen ist, daß die Vollendung des Ehebruchs nur durch Umstände verhindert wurde, welche von dem Willen des Thäters unabhängig sind 315.
Ehebruch, Versuch des Ehebruchs u. unsittliche Handlungen als Scheidungsgründe 317.
Ehe-Ungültigkeitsklage wegen mangelnder Jungfräulichkeit der Ehefrau, Voraussetzungen 6.
— Der Irrtum des Ehemanns über die sittliche Integrität der Ehefrau muß ein für die Entschließung des Ehemanns erheblicher gewesen sein 319.
— Der Antrag eines Ehegatten auf Ungültigerklärung der Ehe wegen Irrtums ist begründet, wenn derselbe bei Eingehung der Ehe sich bezüglich der Vergangenheit des andern Gatten in vollständiger Unkenntnis über die einen groben sittlichen Mangel bekundenden Vorgänge befunden hat, welche seiner Zeit schwere Freiheitsstrafen für denselben zur Folge gehabt hatten, aber nur dann, wenn zugleich Grund zu der Annahme vorliegen würde, daß das Nichtvorhandensein eines sittlichen Mangels für den unschuldigen Gatten eine wesentliche Voraussetzung bei seinem Entschlusse, den schuldigen zu ehelichen, gebildet habe 322.
— Ein Irrtum über eine die Ehe gefährdende Eigenschaft, insbesondere über das Vorhandensein einer Geisteskrankheit, ist ein Grund zur Ungültigkeit der Ehe. Die Geisteskrankheit muß nicht wahrnehmbar gewesen sein, wenn nur zur Zeit der Eingehung der Ehe ein Zustand vorhanden war, aus welchem die Geisteskrankheit sich entwickelt, wenn sie nur im zweifellosen Beginne vorhanden war 323.
Ehe-Ungültigkeitsklage. Ein Ehegatte kann wegen eines ihm bei der Eheschließung unbekannt gebliebenen Umstands (Epilepsie), der ihn von Eingehung der Ehe abzuhalten geeignet gewesen wäre, die Ehe dann nicht mehr als ungültig anfechten, wenn er nach erlangter Kenntnis von diesem Umstand Jahre lang die Ehe mit dem andern Teil fortgesetzt hat 324.
Einziehung 61.
Erbschaftssteuer. Zur Auslegung des Art. 17 des Gesetzes vom 24. März 1881, 202.

F.

Feiertage, Gewerbebetrieb 27.
— Singen 32.
Feststellungsklage des Retentionsberechtigten im Wege des § 690 der C.P.O. 329.
Festtage, Gewerbebetrieb 27.
— Singen 32.

G.

Geisteskrankheit eines Ehegatten, s. Ehe-Ungültigkeitsklage 323. 324.
Gerichtsstand. Art. 5 Ziff. 3 des Landesges. betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849 ist auf die Fälle der Begünstigung und Hehlerei anzuwenden 167.
Gesinde. Wenn ein Dienstbote ohne Grund den Dienst verläßt, verliert er seinen Anspruch auf den rückständigen Lohn nicht 97, dagegen 225.
Gewerbebetrieb. Das Verführen von Bier aus einer Brauerei an Achskunden ist die Verrichtung einer Arbeit des Gewerbebetriebs im Sinne des § 2 Ziff. 1 der K. Württ. V.O. vom 27. Dezember 1871, betr. die bürgerliche Feier der Sonn-, Fest- u Feiertage 27.
Gütergemeinschaft. Fortsetzung der ehelichen G. Einfluß auf das nicht in der Gemeinschaft begriffene Vermögen der Kinder 364.
— Die Kinder treten nur in betreff

ihres Erbvermögens in ein Gemeinschaftsverhältnis mit dem überlebenden Ehegatten; es handelt sich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft wesentlich um das Zusammenhalten der in der Ehe vereinigt gewesenen Güter. Demgemäß enthält das der Mutter übertragene Verwaltungsrecht ein Dispositionsrecht über das in ihrer Verwaltung stehende Vermögen, bezüglich dessen nur die Frage entstehen kann, wieweit dieses Dispositionsrecht, insbesondere bei Immobilien sich erstreckt, aber jenes Verwaltungsrecht enthält nicht das Recht, die Kinder selbst zu obligieren. Die Kinder stellen sich nicht als die Repräsentanten des verstorbenen parens in der Art dar, daß, gleichwie während der Ehe für die von dem einen Ehegatten in gültiger Weise gemachten Sozialschulden in Ermanglung gemeinschaftlichen Vermögens jeder Ehegatte mit seinem Sondergute zur Hälfte haftet, so auch für die von dem überlebenden Ehegatten im Interesse der Gemeinschaft gemachten Schulden die Kinder mit ihrem eigenen Vermögen, d. h. mit dem nicht in der Gemeinschaft begriffenen Vermögen zur Hälfte einzustehen hätten. Es genügt also der Umstand, daß der überlebende Ehegatte Schulden gemacht hat und daß das gemeinschaftliche Vermögen zur Deckung dieser Schulden nicht hinreicht, an und für sich nicht für ein Haftbarmachen der Kinder 397.

H

Handelsgesellschaft. Eine H. kann stillschweigend durch ein gewisses thatsächliches Verhalten begründet werden. In der thatsächlichen Fortsetzung eines Handelsgewerbs durch die Erben des verstorbenen Inhabers unter der bisherigen Firma darf aber an und für sich ein derartiger stillschweigender Abschluß einer offenen Handelsgesellschaft nicht gefunden werden 396.

Haussohn. Strafverfolgungsantrag des Vaters wegen Beleidigung des H. 35.

Hehlerei. Anwendbarkeit des Art. 5 Ziff. 3 des Landesgesetzes betr. die Aufhebung der befreiten Gerichtsstände vom 17. Aug. 1849 auf die Fälle der H. 167.
— Vergl. Gerichtsstand.

Herstellung des ehelichen Lebens, s. Ehe.

Hilfskassen. Mitglieder eingeschriebener H. können, falls diese freie ärztliche Behandlung nicht gewähren, gezwungen werden, zur Orts- oder Fabrikkrankenkasse beizutreten 334.

Hinterlassenschaft, Strafverfahren gegen die H. s. Steuergefährdung 52. 111.

Hundeabgabengesetz, s. Ordnungsstrafen.

J

Impfärzte sind auch die zum Impfen seiner Zeit ermächtigten württb. Wundärzte 69.

Irrtum des Ehemanns über die sittliche Integrität der Ehefrau, s. Ehe-Ungültigkeitsklage 319.
— J. eines Ehegatten über eine von dem andern Teil vor Eingehung der Ehe erlittene Freiheitsstrafe 322.

Israelitisches Eherecht 262.

K

Kapitalsteuer, Strafverfahren gegen die Hinterlassenschaft, s. Steuergefährdung 52. 111.

Katholisches Eherecht 265.

Konfessorische Klage auf Belastung eines Privatgrundstücks mit einem öffentlichen Weg 95.

Konkubinat. Die landesrechtlichen, den Konkubinat mit Strafe bedrohenden Bestimmungen sind nicht im Widerspruch mit dem Reichsstrafgesetzbuch, sofern der Konkubinat lediglich aus den Gesichtspunkten einer Uebertretung in Beziehung auf die öffentliche Ordnung und nur im Falle der

Erregung öffentlichen Aergernisses mit Strafe bedroht wird 356.
Konkursverwalter, s. Anfechtungsrecht.
Kostenfestsetzung im Privatklagverfahren 71.
— Einmalige Beschwerde im Kostenfestsetzungsverfahren in Strafsachen 348.
Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 § 75 Schlußsatz 334.

L.

Lebensversicherungsvertrag Abschluß zu Gunsten der Frau und der Kinder des Versicherten. Zahlung der Prämien aus dem gemeinschaftlichen Vermögen. Folgen hievon. Recht der Ehefrau an den Anteilen der Kinder 364.
— Wenn bei Abschluß des L. die Versicherung ausdrücklich zu Gunsten der in der Versicherungspolice genannten Personen gestellt wurde, so ist mit dem Tode der Person, deren Leben versichert war, jenen Personen unmittelbar ein Klagrecht aus dem L. auf Zahlung der Versicherungssumme erwachsen 392.
— Ein Recht der Ehefrau auf die hälftige Versicherungssumme kann nicht aus der Thatsache abgeleitet werden, daß die Prämienzahlungen, mittelst welcher der Anspruch auf die zu leistende Versicherungs-Summe erworben worden ist, zur Hälfte aus ihrem Vormögen geleistet worden sind 393.
— Ein Ersatzanspruch der Ehefrau, bezw. der Gläubiger derselben entweder gegen diejenigen, zu deren Gunsten die Versicherung erfolgt ist, oder gegen den Ehemann, welcher das Vermögen der Frau in dieser Weise verwendet hat, bezw. gegen die Erben des Ehemanns, erscheint nicht als begründet, wenn die Prämienzahlungen mit Wissen der Ehefrau aus dem Gesamtgute der Ehegatten geleistet worden sind 393.
Lizenzvertrag. Der Patentinhaber, welcher einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat, ist im Fall der späteren Vernichtung seines Patents dem Lizenznehmer nur dann den erwachsenen Schaden zu ersetzen verpflichtet, wenn ihn eine Schuld trifft 1.

M.

Malzsteuergesetz v. 8. April 1856 und Verfügung des K. Finanzministeriums vom 9. April 1856 § 32 Ziff. 1 und 5. Dem Steuerpersonal darf in Beziehung auf den Zugang zu Brauereien u. s. w. kein Hindernis entgegengesetzt werden, außer dem Hindernis des Verschlusses, letzteres unter der Voraussetzung, daß der Malzeigentümer oder seine Gehilfen in gegebenen Fall ohne Verzug von ihrer Seite öffnen 152.

N.

Namensfälschung. Nicht § 271 des St.G.B., sondern nur § 360 Ziff. 8 findet Anwendung, wenn ein Beschuldigter bei seiner Vernehmung vor der Strafbehörde sich einen falschen Namen beilegt und hiedurch herbeiführt, daß die über seine Verurteilung an das Reichsjustizamt übersendete Strafnachricht auf jenen falschen Namen lautet 62.
Negatorienklage, Zuständigkeit bei öffentlichen Wegen 81.

O.

Oeffentliche Wege und Dienstbarkeiten 81. 87.
Ordnungsstrafen. Die nach dem Gesetz vom 13. März 1881, betr. die Einführung von Ordnungsstrafen bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften des Accisegesetzes vom 18. Juli 1824, des Wirtschaftsabgabengesetzes vom 9. Juli 1827 und des Hundeabgabengesetzes vom 8. Sept. 1852 zu erkennende Ordnungsstrafe hat keine subjektive Verschuldung zur Voraussetzung 150.

P.

Patente s. Lizenzvertrag 1.
Pfändung s. Zwangsvollstreckung.
Privatklage s. Sühneversuch 13. 15.
— Strafverfolgungsantrag des Vaters wegen Beleidigung des Haussohns 35.
— Kostenersatz. Die Entscheidungen über den Ersatz der dem Privatkläger erwachsenen notwendigen Auslagen werden nach den Vorschriften über die Vollstreckung der Urteile der Civilgerichte vollzogen, und zwar erfolgt die Vollstreckung aus der nach St.P.O. § 496 Abs. 2 erlassenen Kostenfestsetzung 138.
— Revision wegen mangelnder Unterschrift der Privatklage 154.
— Zurücknahme der P. und Zurücknahme des Strafantrags, prozessuale Natur der in §§ 359 u. 368 der St.-P.-O. enthaltenen Bestimmungen 345.
Privatklagverfahren, Kostenfestsetzung 71.
— Zeugengebühren sind als notwendige Auslagen vom Gegner zu ersetzen, wenn die Vernehmung nach Lage der Sache als zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung geschehen erscheint 161.
— Für Beschwerden gegen Festsetzung der in Privatklagsachen dem Gegner zu erstattenden Auslagen sind die Bestimmungen der Strafprozeßordnung, nicht die der Civilprozeßordnung maßgebend 166.
Privatrechtliche und öffentlich rechtliche Ansprüche 81.
— Ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers, daß die Verbindlichkeit, die als öffentlich rechtlich bezeichnet wird, im Privatrecht ihren Grund hat, so liegt ein der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts anheimfallender Anspruch nicht vor 97.
— Vergl. S. 127. 184.

Q.

Quasi-Desertion s. Ehe 253.

R.

Rechtsanwaltsgebühren. Zur Frage, ob der Anspruch auf die in den §§ 13 Nr. 2—4, 16—18 der Geb.-O. für Rechtsanwälte bestimmten Gebühren — Verhandlungsgebühr, Vergleichsgebühr, Beweisgebühr — dem Rechtsanwalte zusteht, welcher die Vertretung in der mündlichen Verhandlung, die Mitwirkung bei dem Vergleiche, die Vertretung in dem Beweisaufnahmeverfahren oder in dem Termine zur Leistung des durch Urteil auferlegten Eids einem zwar 2 Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Abs. 2 der R.A.O. zum Stellvertreter des Rechtsanwalts bestellten Rechtskundigen übertragen hat 217.
Rechtshilfe. Einem ersuchten, örtlich zuständigen Richter steht es nicht zu, die Handlung, um deren Vornahme er ersucht wird, deshalb abzulehnen, weil sie nach seiner Ansicht von dem ersuchenden Richter selbst vorzunehmen wäre. Ein um Rechtshilfe ersuchter Richter kann das an ihn gerichtete Ersuchen unmittelbar an einen anderen Richter abgeben, wenn es sich herausstellt, daß letzterer der örtlich zuständige ist, und es ist dem örtlich zuständigen Richter, an welchen die Sache weiter gegeben wird, zwar nicht verwehrt, über etwaige, bezüglich des Rechtshilfeersuchens bestehende Zweifel sich mit dem Richter, welchem Rechtshilfe geleistet werden soll, ins Einvernehmen zu setzen, aber er ist nicht befugt, aus andern, als den in § 159 des R.-G.V.G. bezeichneten Gründen, das, wenn auch nur im Wege der Weiterübertragung, an ihn gelangte Rechtshilfeersuchen abzulehnen 41.
Rechtsstreitigkeiten, bürgerliche 81.
Rechtsweg, Zulässigkeit 81. 127. 184.
Renteneinkommensteuer, Strafverfahren gegen die Hinterlassenschaft s. Steuergefährdung 52. 111.

Retentionsrecht an der gepfändeten Sache. Dem Retentionsberechtigten steht, wenn sein Gewahrsam an der von ihm retinierten Sache durch die Pfändung verletzt wird, eine im Weg des § 690 der C.P.O. anzustrengende Feststellungsklage zu, dahin, daß die Pfändung jener Sache nicht zu Recht bestehe und daher vom Pfändungspfandgläubiger freizugeben sei 330.

S.

Sävitien 277.
Scheidung s. Ehe, Ehebruch, Widerklage.
Schenkungssteuer. Zur Auslegung des Art. 17 des Gesetzes vom 24. März 1881 202.
Singen. Es existiert kein gesetzliches Verbot oder eine allgemeine Verordnung, daß das Singen an einem Feiertag, Festtag oder Sonntag auf der Straße eines Orts überhaupt verboten sei 32.
Sonntage. Gewerbebetrieb 27.
— Singen 32.
Staatsanwaltschaft. Der St. gestattet das Gesetz (St P.O. §§ 159, 160) ohne irgend welche Einschränkung, zur Vorbereitung der öffentlichen Klage, bezw. behufs Ermöglichung ihrer Entschließung darüber, ob eine solche zu erheben sei, Beschuldigte selbst zu vernehmen, u. gibt es in diesem, von ihr allein geleiteten Verfahren ihrem Ermessen anheim, ob — etwa mit Rücksicht auf die in der Folge zu erlassenden richterlichen Entscheidungen über die Eröffnung der Untersuchung oder auf die Bestimmungen der §§ 253 u. 250 der St.P.O. — eine richterliche Vernehmung eines Beschuldigten oder Mitbeschuldigten erforderlich erscheine, sowie ob eine weitere Vernehmung des Beschuldigten dem Geiste des Gesetzes nicht widerspreche. Somit kann eine von der St. im vorbereitenden Verfahren bei einem Amtsgericht beantragte Vorführung oder Zulieferung eines verhafteten und im Gefängnis desselben verwahrten Beschuldigten behufs dessen Vernehmung um dieses Zwecks willen nicht als eine gesetzlich unzulässige Handlung gelten 43.
Staatsanwaltschaft. Vollmacht des Verletzten bei einer Beschwerde nach St.P.O. §. 170 Abs. 1 s. Beschwerde 45. 46.
Steuerdefraudation s. Steuergefährdung.
Steuergefährdung. Auf Grund des Art. 11, letzter Absatz des württb. Ges. v. 19. Sept. 1852, betr. die Steuer von Kapital-, Renten-, Dienst- und Berufseinkommen, kann ein Strafverfahren gegen die Hinterlassenschaft nicht stattfinden 52. 111.
Steuergesetze. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen im Strafverfahren der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die St. erlassenen Strafbescheid ist nach St.P.O. § 459 Abs. 2 bei der denselben bekannt machenden Behörde zu stellen. Wenn das K. Steuerkollegium den Strafbescheid erlassen und das K. Kameralamt denselben bekannt gemacht hat, kann nicht bei dem Schultheißenamte der Antrag angebracht werden 157.
Steuernachholung nach dem Tode des Defraudanten 121, VI.
Strafbescheide der Steuerbehörden gegen Hinterlassenschaften 115, IV.
Sühneversuch in Civilsachen. Der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt kann die Gebühr des § 37 der Rechtsanwaltsgebührenordnung für die Mitwirkung bei einem Sühneversuch nicht in Anspruch nehmen 143.
Sühneversuch im Privatklageverfahren. Die Vornahme eines S. ist lediglich eine prozessuale Voraussetzung der Privatklage wegen Beleidigung, ihr Mangel ist nicht ein die Bestrafung eines Angeklagten ausschließender Mangel eines rechtsgiltigen Antrags auf Strafverfolgung 13. 15. 19.

Sühneversuch. Jn § 420 Abs. 2 der St.P.O. kommt der bürgerliche Wohnsitz nicht in Betracht 16.
— Unzulässigkeit der Nachholung des S. 73.

T.

Thätlichkeit s. Beleidigung 15.
Titel, unberechtigte Führung, siehe Wundärzte, Zahnärzte 64.
Toleramus 273.
— Voraussetzungen 275.
Trennung, zeitliche, der Ehegatten, Gründe 265. 273. 275. 276.

U.

Ungiltigkeits-Klage wegen mangelnder Jungfräulichkeit der Ehefrau s. Eheungiltigkeitsklage 6.
Unsittliche Handlungen als Scheidungsgründe 317.
Unsittliches Verhalten des Ehegatten als Grund zur Gestattung des Getrenntlebens 265.

V.

VäterlicheGewalt. Strafverfolgungsantrag des Vaters wegen Beleidigung des Haussohns 85.
Verlassung. Die Scheidung wegen böslicher V. setzt eine schuldhafte V. voraus 298.
— Voraussetzungen der Scheidungsklage wegen böslicher V. 299. 301.
— Bösliche V. ist auch dann vorhanden, wenn sich der Desertor aus einer rechtmäßigen Ursache, namentlich mit Zustimmung seines Ehegatten an einen unbekannten oder doch dem Gerichte nicht erreichbaren Ort begeben hat, aber nach Wegfall dieser Berechtigung, insbesondere nach dem Aufhören dieser Einwilligung sich entfernt hält 303.
— Wenn die thatsächlichen Voraussetzungen der böslichen Verlassung vorhanden sind, so wird durch den Ehebruch des klagenden Teils dessen Klagrecht nicht ausgeschlossen 304.
Versäumnisurteil gegen den Beklagten kann auf Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, auch wenn dieser Antrag weder in der Klagschrift noch in einem Nachtrag zu derselben enthalten war 102.
Versuch des Ehebruchs als Scheidungsgrund 315. 317.
Verteidiger. Wenn ein V. schon gewählt ist und die Wahl angenommen hat, so ist die Bitte um Bestellung eines V. unstatthaft. 11. 13.
— Jn den Fällen des § 140 der St.P.O. hat der Vorsitzende des Gerichts die Voraussetzungen für Bestellung eines V. zu prüfen 13.
— Die Kosten der Reise eines bestellten V. zu dem verhafteten Beschuldigten behufs einer Besprechung werden von der Staatskasse nicht ersetzt 163.
Verwaltungsbehörde, Steuerstrafverfahren gegen einen Nachlaß 114, III.
Verwaltungsgerichte, Zuständigkeit bei Streitigkeiten über öffentliche Wege 81.
Verwaltungsparteistreitsachen 90.
Verwaltungsrechtsweg, Zulässigkeit 81. 127. 184.
Vollmacht des Verletzten bei einer Beschwerde gegen einen Bescheid der Staatsanwaltschaft, s. Beschwerde 45. 46.
Vorführungsbefehl. Die in der St.P.O. enthaltenen Bestimmungen über die Voraussetzungen eines V. gelten nicht für eine Vorführung, die von einer Polizeibehörde zur Ausführung einer von ihr innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnung als Zwangsmittel wider eine gegen diese Anordnung ungehorsame Person verfügt worden ist. Wenn es sich um eine Anordnung des Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 12. Aug. 1879 betr. Aenderungen des Landespolizeistrafgesetzes handelt, so hat der Beamte nach Abs. 2 dieses Artikels die Befugnis, diese Anordnung durch Anwendung gesetzlicher Zwangsmittel zur Ausführung zu bringen, und

demgemäß die nötigenfalls mit Gewalt durchzuführende Vorführung des in ungehorsamer Weise der Amtsgewalt des Beamten sich entziehenden Beschuldigten anzubefehlen 348.

W.

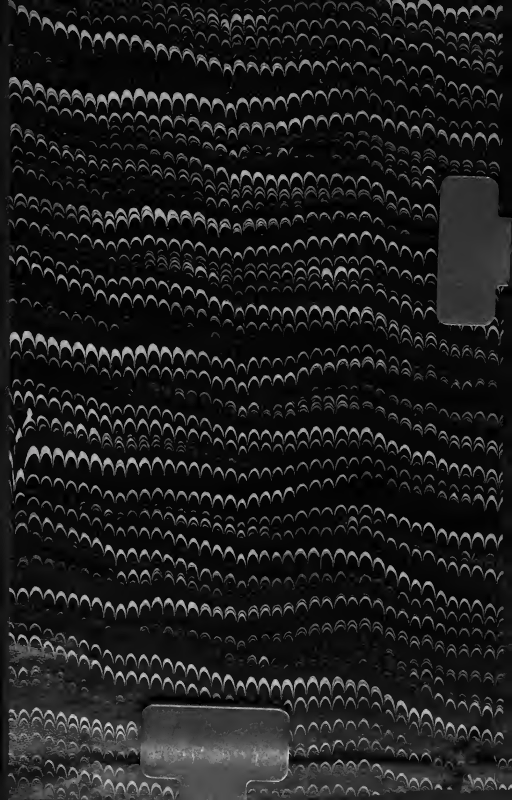
Wechseleinzug. Der mit dem W. Beauftragte haftet für Verschulden in der Wahl des Substituten 330.
Wege, Zuständigkeit bei Streitigkeiten über öffentliche 81.
Weiderecht, Mitweiderecht, Uebertriebsrecht, Zulässigkeit des Rechtswegs 127.
Widerklage auf Scheidung wegen Ehebruchs 287. 289. 292.
— Die W. ist auch noch in der Berufungsinstanz statthaft 262. 292.
Widerspruchsklage (C.P.O. § 690) auf Grund eines Retentionsrechts an der gepfändeten Sache 329.
Widerstand gegen die Staatsgewalt. Wenn der Erlaß einer ortspolizeilichen Vorschrift nicht als regelmäßig erfolgt anzusehen ist, dieselbe aber als von einer bei Erlassung von Vorschriften dieser Art innerhalb der allgemeinen Grenzen ihrer Amtsbefugnisse handelnden Behörde ausgehend erscheint, so ist die Vollstreckung derselben als rechtsmäßige Amtsausübung des Vollstreckungsbeamten anzusehen 30.
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung kann in den Fällen des § 214 Abs. 3 der C.P.O. durch mündlichen Vortrag des Inhalts des zuzustellenden Schriftsatzes erfolgen 9.
Wirtschaftsabgabengesetz siehe Ordnungsstrafen.
Wohnsitz s. Sühneversuch 16.
Wundärzte zweiter Abteilung sind in Württemberg befugt, sich als Zahnärzte zu bezeichnen 64;
— auch als Impfärzte 69.

Z.

Zahnärzte. Das Ausziehen und Plombieren der Zähne gehört zur Ausübung der Heilkunde 22. 64.
Zeugengebühren. Wenn der Zeuge sich bei der Verfügung des Vorsitzenden der Strafkammer nicht beruhigen will, so hat er die Festsetzung der Gebühren durch die Strafkammer zu beantragen, und kann erst gegen deren Beschluß Beschwerde erheben 40.
Zuständigkeit der Civilgerichte 81.
Zuwiderhandlungen gegen die Zoll- und Steuergesetze s. Steuergesetze.
Zwangsvollstreckung. Dem Schuldner steht eine Einwendung gegen die Art der Z. mittelst Pfändung beweglicher körperlicher Sachen auch dann zu, wenn er nicht Eigentümer derselben ist, sondern solche nur im Gewahrsam hat 125.








LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 080 638